Diss.
2036.
20.

# Versuch einer Entwicklung des Begriffes der Exzeptionen mit Rücksicht auf die Beweislast.

---

Eine
von der Juristenfacultät der k. Ludw.=Max.=Universität München im Jahre 1831 mit dem Preis=Accessite belohnte
historisch=praktische Abhandlung

von
Julius Knappe,
der beiden Rechte Doktor.

Diss. 2036 (20.   Knappe

# Versuch
einer
Entwickelung des Begriffes
der
# Exzeptionen
mit
## Rücksicht auf die Beweislast.

Eine
von der Juristenfacultät der k. Ludw.-Max.-Universität München
im Jahre 1831 mit dem Preisaccessite belohnte
historisch-praktische Abhandlung

von
Julius Knappe,
der beiden Rechte Doktor.

München, 1835.
Gedruckt und in Commission bei George Jaquet.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

# Einleitung.

Außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt es, daß ein Volk ein fremdes Recht mit seinem eigenthümlichen Charakter annehme, da es nicht das Rechtsbewußtseyn eines fremden Volkes sich anzueignen, und das seinige aufzugeben vermag. Wohl kann ein Volk sämmtliche Rechtssätze eines anderen recipiren, aber nur als ein Aggregat, denn die Einheit, welche diese Rechtssätze zu einem organischen Ganzen verbindet, liegt gerade in dem Rechtsbewußtseyn der Nation, welche diese Rechtssätze gebildet hat. Die Aufnahme fremder Rechtssätze geschieht gleichsam durch Assimilation, indem der Charakter des bisherigen Rechtes des recipirenden Volkes auf solche übertragen wird. So wurde auf die recipirten römischen Rechtssätze der Charakter des deutschen Rechtes übertragen, und als nicht assimilirbar mit dem deutschen Rechte mußten alle jene Rechtsbestimmungen hinwegfallen, welche nur in dem individuellen Charakter des römischen Rechtes ihren Ursprung und ihre Bedeutung hatten. Geschah dieses im Einzelnen nicht, so war, wie es in der Proceßlehre von den Einreden in hohem Grade der Fall ist, die größte Verwirrung nothwendige Folge, so daß jene Rechtsgelehrten älterer und neuester Zeit, welche den heute geltenden Begriff von Einrede aus den römischen Rechtsquellen zu schöpfen suchten, weit entfernt, ein für Theorie und Praxis gedeihliches Resultat zu er-

wirken, den Knoten der Verwirrung nur desto fester schürzten. — Davon zu überzeugen durch genaue Darlegung des Begriffes und innigsten Zusammenhanges der römischen Exceptionen mit dem, den Rechtsbegriffen unserer Zeit fremdartigen, Charakter des römischen Rechtes ist Vorwurf des größeren Theiles gegenwärtiger Abhandlung, da solche Ueberzeugung zur Erlangung eines richtigen Begriffes von Einrede zugleich die erste Bedingung und der entscheidendste Schritt ist. Denn hat man sich einmal frei gemacht von der Befangenheit in längst veralteten Begriffen, so stellt sich alsbald das zu verfolgende Ziel klar vor Augen: — es ist die Harmonie des Begriffes von Einrede mit der Lehre von der Beweispflicht, m. a. W. die Identificirung des Grundes, aus welchem eine bestimmte Behauptung des Beklagten als Einrede erscheint, und des Grundes, warum dem Beklagten der Beweis einer bestimmten Behauptung obliegt. Die Entwickelung eines solchen praktischen Begriffes von Einrede und dessen Verdeutlichung durch Beispiele ist in der zweiten Abtheilung dieser Abhandlung versucht, deren Entstehung veranlaßt wurde durch die von der Juristenfakultät der k. Ludw.-Max.-Universität im Jahre 1830 den Studirenden zu München gegebene Preisfrage:

„über den eigenthümlichen Begriff und die processualischen Wirkungen der Exceptionen nach altem „römischen Rechte; — über die Veränderungen, „welche damit im neuen römischen Rechte und in „der deutschen Praxis vorgegangen; — und über „die wahre Bedeutung, welche diesen Vertheidigungsmitteln zufolge dieser Veränderungen heutzutage nach gemeinem Rechte beizulegen ist.“

Näher zeigt den Inhalt dieser Schrift folgende

# Uebersicht.

## Erste Abtheilung.

## Geschichte des Begriffes und der Wirkungen der Exzeptionen.

### Erster Abschnitt.

### Begriff und Wirkungen der Exzeptionen im römischen Rechte.

#### Erstes Kapitel.

#### Rechtszustand vor Entstehung der Exzeptionen.

§. 1. Charakter des ältesten römischen Rechtes. — Vertheidigung des Beklagten zur Zeit der legis actiones. — Es gab zu dieser Zeit noch keine exceptiones.

§. 2. Gründe für diese Behauptung.

§. 3. Allmählige Ausbildung des jus gentium. — Charakter desselben. — Vertheidigung des Beklagten nach Peregrinenrecht.

§. 4. Einwirkung des jus gentium auf das jus civile romanum. — Lex Aebutia. — Der Formularprozeß tritt an die Stelle der legis actiones.

## Zweites Kapitel.

### Das Institut der Exzeptionen in und kurz nach seiner Entstehung.

§. 5. Die aequitas bekommt im römischen Rechte Geltung.

§. 6. Darstellung des Formularprozesses. — Vertheidigung des Beklagten.

§. 7. Der judex durfte die aequitas nur dann berücksichtigen, wenn ihn der Prätor durch einen Zusatz in der formula hiezu ermächtigt hatte. — Dieser Zusatz hieß exceptio.

§. 8. Die exceptio ein prätorisches Rechtsmittel. — Fälle, in welchen der Beklagte einer exceptio bedurfte.

§. 9. Exceptionis postulatio, datio. — Die exceptio war nur ein außerordentlicher Zusatz, kein besonderer Theil der Formel. — Conception der Exzeptionen; hievon der Name exceptio.

§. 10. Wirkung der Exzeptionen. Sie hoben die obligatio nicht auf, hemmten nur deren Klagbarkeit. — Obligatio nulla, inanis. — Interpretation scheinbar widersprechender Pandektenstellen.

§. 11. Auch die exceptiones dilatoriae benahmen der obligatio die Klagbarkeit für immer. — Erklärung dieser Wirkung.

§. 12. Begriff und Wirkung der praescriptiones. — Fälle, in welchen sie vorkamen.

§. 13. Verhältniß der Exzeptionen zur litis contestatio. — Begriff der letzteren.

§. 14. Unterschied zwischen dem judicium stricti juris und bonae fidei; — in letzterem, als dem jus gentium nachgebildet, gab es keine Exzeptionen.

## Drittes Kapitel.

### Begriff und Wirkungen der Exzeptionen zur Zeit der klassischen Juristen.

§. 15. Wie die klassischen Juristen das römische Recht als aus zwei in Wechselwirkung stehenden Elementen bestehend erkannten. — Prätorisches Recht. — Obligatio naturalis.

§. 16. Das eigentliche jus civile, als stabil, nur intensiver Fortbildung fähig.

§. 17. Unrichtige Ansichten über die s. g. exceptiones civiles.

§. 18. Wahre Natur derselben, aus dem richtigen Begriffe von jus civile hervorgehend.

§. 19. Fast gänzliche Verschmelzung der Präscriptionen und Exzeptionen. — Wirkung der exceptiones dilatoriae.

§. 20. Des Gajus, Paulus und Ulpianus Definitionen von exceptio. — Uebereinstimmung derselben.

§. 21. Unter diesen Begriff der klassischen Juristen passen viele exceptiones dilatoriae nicht. — Erklärung der Exzeptionen gegen prätorische Klagen und gegen Exzeptionen selbst.

§. 22. Unterschied zwischen der exceptio und der civilrechtlichen defensio.

## Viertes Kapitel.

### Exceptio seit Aufhebung des Formularprozesses.

§. 23. Bei der willkührlichen Rechtssetzung der späteren Kaiser erscheint die Beibehaltung der s. g. exceptiones civiles als Inconsequenz; eben so die Beibehaltung des Unterschiedes zwischen jus civile und jus praetorium.

§. 24. Aufhebung des Formularprozesses (um 450 nach Christ. Geb.) — Unterschied der damaligen judices von den früheren.

§. 25. Wirkung jener Aufhebung. — Darstellung, worin nunmehr die litis contestatio und Vertheidigungshandlung des Beklagten bestand.

§. 26. Beweis, daß auch zu Justinians Zeit ein Unterschied zwischen defensio civilis und exceptio blieb.

§. 27. Recapitulation der Geschichte des römischen Begriffes von exceptio, der dem deutschen Rechte hätte ganz fremd bleiben sollen.

## Zweiter Abschnitt.

## Begriff und Wirkungen der Exzeptionen in der deutschen Praxis.

### Erstes Kapitel.

### Exceptio im canonischen Rechte und nach der Interpretation der Glossatoren, als den beiden Hauptquellen der deutschen Praxis.

§. 28. Charakter des deutschen Rechtes verglichen mit dem des römischen. Der Unterschied zwischen dem Schutze des Beklagten ipso jure und ope exceptionis war dem deutschen Rechte unbekannt.

§. 29. Charakter des canonischen Rechtes. Auch diesem war das römische Institut der Exzeptionen fremd. Der Name exceptio wurde für jede Einwendung des Beklagten gebraucht. Es gab nur actiones bonae fidei.

§. 30. Litis contestatio im canonischen Rechte. Verhältniß der Exzeptionen hiezu.

§. 31. Die Wirkungen der exceptio im canonischen Rechte verglichen mit der Wirkung der römischen exceptio. — Prozeßhindernde Einreden. — Qui excipit non fatetur.

§. 32. Ansichten der Glossatoren über exceptio. — Exceptio intentionis, actionis; facti, juris.

## Zweites Kapitel.

## Die Exzeptionen in der deutschen Praxis seit Anfang des sechzehnten bis in die Mitte des siebenzehnten Jahrhundertes.

§. 33. Litiscontestation. — Responsionen.

§. 34. Begriff von exceptio und deren Verhältniß zu der Litiscontestation und den Responsionen. — Articuli defensionales und peremtoriales oder elisivi.

§. 35. Wirkung der Exzeptionen.

## Drittes Kapitel.

## Die Exzeptionen seit dem jüngsten Reichs-Abschiede.

§. 36. Interpretation des §. 37. des J. R. A. — Verhältniß der Exzeptionen zur Litiscontestation.

§. 37. Begriff der Exzeptionen im siebenzehnten und achtzehnten Jahrhunderte. — Von den verneinenden und prozeßhindernden Einreden.

§. 38. Begriff der neuesten Juristen von Einrede.

# Zweite Abtheilung.

## Wahrer Begriff der Exzeptionen nach heutigem gemeinen Rechte.

§. 39. Der römische Begriff von exceptio gehört nur mehr der Rechtsgeschichte an. — In unserem heutigen Rechte kann nur ein auf gleiche Basis mit der Theorie vom Beweise gegründeter Begriff von Einrede richtig und praktisch seyn.

§. 40. Entwickelung des Begriffes von negativer Litiscontestation und von Einrede. — Beweispflichtigkeit des Klägers und des Exzipienten.

§. 41. Beispiele zur Erläuterung des Begriffes von Klagegrund und Einrede, (namentlich bei Schadensersatzforderungen; ferner exceptiones casus, non adimpleti und non rite adimpleti contractus, rei non sic sed aliter gestae.)

§. 42. Fortsetzung der Beispiele: (exceptiones non numeratae pecuniae, S. C. Macedoniani, alibi; Einreden des Irrthumes, Zwanges, der Minderjährigkeit, Trunkenheit, Zahlung, Bedingung.)

§. 43. Fortsetzung der Beispiele, (exceptio ex lege anastasiana.)

§. 44. Beispiele von Repliken und Dupliken.

§. 45. Widerlegung der Definitionen Anderer, namentlich der Ansicht, nur das sey Einrede, wodurch das schon entstandene Klagerecht wieder aufgehoben werde.

§. 46. Fortsetzung der Widerlegung. — Was kann Gegenstand des Gegenbeweises seyn?

§. 47. Vom indirekten Gegenbeweise. — Vom qualificirten Geständnisse. — Beweis einer Negative. — Von den gesetzlichen Präsumtionen.

§. 48. Von den s. g. dilatorischen Einreden (Prozeßeinwendungen). Unterscheidung derselben von den temporären Einreden gegen das Klagerecht.

§. 49. Recapitulation und Schluß.

# Erste Abtheilung.

## Historische Darstellung des Begriffes und der prozessualischen Wirkungen der Exceptionen.

## Erster Abschnitt.

### Begriff von Exceptio nach römischem Rechte.

## Erstes Kapitel.

### Rechtszustand vor Entstehung der Exceptionen.

§. 1.

Wird das Institut der Exceptionen bis auf seine Quelle verfolgt, so findet sich diese nicht in dem ältesten, wahrhaft nationalen römischen Rechte. So lange die legis actiones die Regel des prozessualischen Verfahrens ausmachten, ein Zustand, welcher bis gegen Ende der freien Republik dauerte, ist weder von der Benennung exceptio, noch auch von der Sache selbst irgend eine Spur bemerkbar. Wer nach unsern heutigen Rechts-

prinzipien das Recht jener grauen Vorzeit beurtheilt, dem scheint es freilich undenkbar, daß dem Beklagten dieses wichtige Vertheidigungsmittel je sollte entzogen gewesen seyn; er muß zwar zugeben, daß wir zu jener Zeit das Wort exceptio nicht finden, er verweist aber auf unsere altdeutschen Rechtsbücher, in welchen auch die Namen: „exceptio, Einreden" 2c. nicht vorkommen, während der Bestand der Sache nicht geläugnet werden kann. Wer aber den Charakter des altrömischen Rechtes in das Auge faßt, dem dringt sich die Ueberzeugung auf, daß es zur Zeit des alten jus civile, des reinen ächtrömischen Rechtes, selbst der Sache nach keine Exzeptionen gab, und solche nicht geben konnte. Eine Entwicklung der für diese Ansicht sprechenden Gründe wird versucht werden, wenn zuvor der Charakter des jus civile mit wenigen Worten bezeichnet seyn wird [1]).

Dem alten römischen Rechte lag das rein formelle Prinzip zum Grunde. Materielles Recht, welches nicht in eine der bestimmten, in der Anzahl abgeschlossenen, Formen eingekleidet war, war dem Römer kein Recht. Wer die Form für sich hatte, hatte auch das Recht für sich, mochte dieses dem natürlichen Gefühle noch so sehr widerstreiten. Das natürliche Gefühl stand mit dem Rechte in keiner Verbindung; jus und aequitas waren dem alten Römer ganz heterogene Begriffe. Wer einen

---

[1]) Eine ausführliche Darstellung des ältesten römischen Prozesses liegt außer dem Bereiche einer Abhandlung über den Begriff der Exceptionen. Was also hier vom ältesten römischen Rechte wird gesagt werden, beschränkt sich auf die Darstellung der Verhältnisse, welche das frühere Bestehen der Exceptionen verhinderten, und derjenigen Verhältnisse, welche dieses Institut hervorriefen, und ihm seine erste Ausbildung gaben.

Anspruch gerichtlich verfolgen wollte, mußte vor der zur Schlichtung von Privatstreitigkeiten aufgestellten Magistratsperson, — je nach dem verschiedenen Zeitalter vor einem pontifex, consul oder dem praetor [2]), — in Gegenwart des Beklagten seinen Rechtsanspruch in einer der bestimmten Formeln vortragen, welche durch den Gerichtsgebrauch hergebracht, oder von den Juristen genau nach den Worten der zwölf Tafelgesetze gefaßt waren. Auf Beobachtung dieser Formen wurde so strenge gesehen, daß ein einziges unförmliches Wort den Verlust des Prozesses nach sich zog [3]); das in Anspruch genommene Recht mußte dem Kläger entweder aus einem Gesetze zustehen, oder er mußte es in einer der, in der Anzahl abgeschlossenen, Formen der Rechtserwerbung überkommen haben.

In demselben Maaße, in welchem der Kläger bei Verfolgung eines Rechtsanspruches an bestimmte Formen gebunden war, in demselben Maaße war es natürlich auch der Beklagte rücksichtlich seiner Rechtsvertheidigung. Der Beklagte konnte

1) die Entstehung der obligatio läugnen, weil entweder

---

[2]) Fr. 2. §. 6. 10. 16. 27. D. de O. J. (1. 2.) — Goldschmidt über L. C. u. Einred. Frankfurt 1812. p. 2. 3.

[3]) Als Beispiel führt Gajus (IV. 108.) an, daß, wer in der Formel von Weinreben sprach, während er nach den Worten des Gesetzes den Ausdruck arbores hätte gebrauchen sollen, den Prozeß verlor. — Diese Härte verführte einen Glossator, im Fr. 2. §. 6. D. de O. J. (1. 2.) anstatt: „eodem tempore fere actiones compositae sunt“ zu lesen: „ferae actiones“ und die Glosse beizufügen: ferae, i. e. crudeles, nam qui syllabam mutabat, ab actione cadebat.

a) die faktischen Erfordernisse nicht vorhanden seyen, (eigentliche inficiatio);

oder weil

b) kraft des Gesetzes keine obligatio entstanden sey [4]).

2) Wenn er die Entstehung der obligatio nicht läugnen konnte, ohne sich der Gefahr der poena inficiationis auszusetzen, so hatte er nur einen Weg zu seiner Vertheidigung, nämlich die Angabe einer Aufhebungs-Art der entstandenen obligatio. Solcher Aufhebungs-Arten gab es aber nur eine beschränkte Anzahl, wie imaginaria solutio per aes et libram (später die formlose solutio), acceptilatio, res judicata, novatio, und wenige andere Umstände, welche im späteren Rechte als ipso jure tilgende hervorgehoben sind. Ein anderes Mittel, welches seine Lossprechung hätte bewirken können, hatte der Beklagte nicht. War er z. B. durch gefährliche Drohungen dahin gebracht worden, ein Versprechen zu geben, und er wurde auf dessen Erfüllung belangt, so konnte er weder, ohne neben seiner Verurtheilung auch in die poena inficiationis zu verfallen, die Thatsache der geschehenen stipulatio läugnen, noch war ein Gesetz vorhanden, welches eine durch Drohungen veranlaßte stipulatio für unwirksam erklärt hätte, auf welches er sich hätte berufen können; und eben so wenig konnte er eine Aufhebungs-Art der obligatio an-

---

4) Hatte Jemand einen Sclaven, der gestohlen hatte, getödtet, und er sagte, deßhalb belangt, daß der Dieb sich mit Waffen vertheidigt habe, so mußte der Richter den Beklagten mit den Worten: fur jure caesus est dem Gesetze gemäß lossprechen. — Fragm. XII. tabular. restituit. Dionys. Gothofred. tit. XXIV. fr. 2. —

führen; er mußte demnach in die Erfüllung des mit seinem Willen [5]) geleisteten Versprechens verurtheilt werden [6]), weil der Beweggrund zu diesem geäußerten Wollen außer dem Bereiche des damals rein formellen jus lag. Diese summa injuria warf auf das jus gar keinen Schatten; jeder Römer hielt einen solchen Ausspruch, wenn auch für hart, doch für gerecht.

## §. 2.

Daß dem Rechte dieser Zeit das, was die späteren Juristen exceptio nennen, ganz fremd gewesen, ergibt sich aus Folgendem:

1) Die exceptio tritt der Wirksamkeit des jus civile hemmend entgegen, kann daher im jus civile selbst ihren Ursprung nicht haben, sondern zeugt von einer späteren Veränderung des Bewußtseyns im Rechte.

2) Sehr häufig erwähnen unsere Quellen, daß die exceptiones auf der aequitas beruhen [7]); diese war aber zur Zeit der legis actiones etwas dem Rechte Heterogenes, daher ohne rechtliche Wirksamkeit.

3) An vielen Stellen des Justinianeischen Rechtsbuches wird ausdrücklich gesagt, daß die exceptiones ihren Ursprung im jus praetorium s. honorarium haben [8]).

---

[5]) Fr. 21. §. 5. D. 4. 2. (quod met. caus.) — quamvis, si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.

[6]) Gajus IV. §. 116.

[7]) Gajus. IV. 116. — Fr. 1. §. 1. Fr. 12. D. (44. 4.) de dol. except.

[8]) Cicero de invent. II. 19. nro. 57. (ed. Orel.); und ad Herenn. I. 12. uro. 22. „praetoriae exceptiones" — Fr. 3. §. 1. D. 13. 5. (de const. pecun.) — c. 5. C. de pact. (2. 3.)

Dieser ist also auf keinen Fall vor das fünfte Jahrhundert zurückzusetzen, da die Prätur erst gegen Ende des vierten Jahrhundertes (a. u. c. 388.) entstand.

4) Der Name exceptio, welcher doch wohl gleichzeitig mit der Sache entstanden, kommt offenbar von der Art her, in welcher sie der formula beigefügt wurde. Der Formular-Prozeß nahm aber erst gegen Ende des sechsten Jahrhundertes seinen Anfang.

5) Besonders wichtig ist das Zeugniß des Gajus, welcher (IV. 108.) sagt: „Alia causa fuit olim legis actionum. — nec omnino ita ut nunc usus erat illis temporibus exceptionum." Freilich wird dieses Zeugniß an sich sehr geschwächt durch die Worte ita ut nunc, welchen man den Sinn unterlegen kann, die Exceptionen seyen zur Zeit der legis actiones wohl schon im Gebrauch gewesen, aber nur nicht in dem heutigen Umfange, in der Art und Weise, wie jetzt. Bedenkt man aber, daß es überhaupt des Gajus Weise nicht ist, sich kurz und bündig auszudrücken, daß die Worte ita ut nunc daher wohl keine besondere Bedeutung haben sollten, und hält man des Gajus Aeußerung mit obigen Gründen zusammen, welche dafür sprechen, daß der Zeit der legis actiones die Exceptionen fremd gewesen, so verschwindet aller Zweifel, welchen die Worte des Gajus beim Mangel anderer Gründe hätten erregen müssen.

Von den exceptiones peremtoriae gilt das bisher Gesagte unbedingt. Es fragt sich nun, ob in jenem ältesten Rechte auch das nicht vorgekommen, was im spätern Rechte exceptio dilatoria heißt? denn viele dieser exceptiones widersprechen dem formellen Rechte nicht so sehr, wie die exceptiones peremtoriae. Hierbei ist zu unterscheiden:

1) Alle diejenigen exceptiones dilatoriae, welche in einer Bedingung oder Zeitbestimmung ihren Grund haben, konnten nicht vorkommen, denn sehr viele Rechtsgeschäfte litten keine temporis vel conditionis adjectio [9]); war aber eine stipulatio sub die vel conditione geschlossen, so stand ante diem vel conditionem schon ipso jure keine actio zu, der Beklagte konnte also das dare facere oportere läugnen. Jede nicht in eine stipulatio aufgenommene Zeitbestimmung oder Bedingung wurde vom Richter als etwas rein Faktisches nicht berücksichtiget.

2) Eben so fielen die exceptiones hinweg, welche sich auf einen Stellvertreter im Prozesse beziehen, weil zu jener Zeit Niemand einen Andern vor Gericht vertreten konnte [10]).

3) Die exceptio rei judicatae kam nicht vor, denn qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat [11]).

4) Forideclinatorische Einreden kamen nicht vor, weil wegen der Einheit des Rechtes der magistratus für alle Rechtsstreitigkeiten competent war, ein Centumviralgericht, praetor urbanus, und ein praetor peregrinus noch nicht gleichzeitig nebeneinander bestanden.

5) Einreden aus Mängeln im Prozeßverfahren konnten wegen dessen Einfachheit nicht vorkommen.

---

[9]) Papinian. Fr. 77. D. de R. I. Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris in totum viciantur per temporis vel conditionis adjectionem.

[10]) Gajus IV. 82. Das Institut der Cognitoren mag um dieselbe Zeit, wie das Institut der Exceptionen entstanden seyn.

[11]) Gajus. IV. §. 108.

Sollte aber dennoch ein Umstand sich ergeben haben, der in der späteren Zeit Veranlassung zu einer exceptio dilatoria gegeben hätte, so wäre er auf keinen Fall mittelst einer exceptio, sondern ex officio magistratus oder judicis, beseitiget worden.

Ist auf solche Weise die Unmöglichkeit des Bestehens der wahren exceptiones, und die Unwahrscheinlichkeit des Vorkommens der uneigentlichen dilatorischen Exzeptionen dargethan, so bedarf es keiner besonderen Widerlegung der Meinung derjenigen [12]), welche glauben, das Wort legis actio begreife auch die exceptiones in sich, und dieses aus keinem andern Grunde glauben, als weil sie sich keinen Prozeß ohne Exzeptionen denken konnten.

## §. 3.

Das in §. 1. geschilderte Recht war nur das Recht des civis Romanus; jeder Nichtrömer war in der ältesten Zeit rechtlos, ausgenommen die Angehörigen solcher Nationen, mit welchen die Römer einen Vertrag (reciperatio [13]) mit Bestimmungen über Verkehr und Rechtsfähigkeit geschlossen hatten. Diese wurden durch besondere Richter (recuperatores) nach ihrem eigenen Rechte beurtheilt. Als aber der Verkehr der Römer mit anderen Nationen aus Veranlassung ihrer kriegerischen Unternehmungen immer ausgebreiteter und bedeutender wurde, wurden alle Peregrinen in Rom für rechtsfähig erklärt, und ihnen zur Entscheidung ihrer Rechtsstreitig-

---

[12]) Oldendorp Enchirid. exception. forens. 1600. p. 4. — Sintenis in Zu-Rheins Jahrb. des gemeinen bürgerl. Prozesses 1829. Band I. H. 1. p. 160.

[13]) Festus sub voce reciperatio.

keiten unter sich oder mit Römern ein eigener Prätor (praetor peregrinus [14]) gegeben. (a. u. 506.)

Vor diesem mußten die Parteien ihre Rechtsansprüche und Vertheidigungsgründe vortragen; er schrieb dann zur Instruction der recuperatores den status controversiae nieder, und trug diesen Richtern in derselben Schrift (formula) auf, die Thatsachen zu untersuchen, und nach Peregrinenrecht zu entscheiden [15]). Da häufig Peregrinen verschiedener Nationen Rechtsstreite hatten, da ferner häufig in den Rechten der Fremden keine Vorschriften für den vorliegenden Fall vorhanden waren, so mußte sich bald aus den verschiedenen Peregrinenrechten, aus deren natürlichen Erweiterung durch die Praxis, und aus den eingemischten römischen Bestimmungen ein allgemeines Peregrinenrecht (jus gentium) bilden, welches in dem Edikte des praetor peregrinus hervortrat, und nach welchem die Rechtsstreite aller Peregrinen, so wie die zwischen Peregrinen und Römern entstandenen Prozesse entschieden wurden. So bestand in der Mitte des sechsten Jahrhundertes neben dem jus civile, dem Rechte der römischen Bürger, das jus gentium, ein ziemlich ausgebildetes Recht der Fremden.

Letzteres war aber in seiner Natur und seinem Charakter von ersterem durchaus verschieden. Während das jus civile ein rein formelles Recht war, durchdrang das jus gentium das materielle Prinzip. Das jus gentium kannte keine legis actiones, und war überhaupt, sowohl in der Rechtserwerbung und Rechtsendigung,

---

14) Fr. 2. §. 28. D. de O. I. (1. 2.)

15) Zimmern Rgesch. Band III. §. 33. — Schweppe Rgesch. (Gött. 1826.) §. 554.

als auch im Prozesse von den beengenden Formen des jus civile frei; das natürliche Rechtsgefühl und das positive Recht standen sich nicht schroff getrennt gegenüber, sondern waren beinahe identisch. Während z. B. nach dem jus civile ein durch Drohungen erzwungener Vertrag als verbindlich ausgesprochen wurde, war nach dem jus gentium in diesem Falle gar keine Verbindlichkeit entstanden [16]); während der Römer einen Kauf nur per aes et libram vor fünf Zeugen schließen konnte, ward nach Peregrinenrechte ein Kauf blos durch einfaches gegenseitiges Versprechen geschlossen.

## §. 4.

Während sich auf solche Weise neben dem strengen Formenrechte der römischen Bürger ein freieres Recht der Fremden immer mehr ausbildete, fühlte man sich im jus civile von Tage zu Tage mehr beengt. Durch den häufigen Verkehr war eine Menge von Rechtsverhältnissen entstanden, für welche das jus civile keine Normen enthielt, und welchen man die größte Gewalt anthun mußte, um sie in die bestehenden Formen hineinzuzwängen. Nicht selten kam es daher vor, daß auch Römer unter sich, die unbequemen actus legitimi umgehend, ihre Rechtsgeschäfte nach den freieren Bestimmungen des jus gentium abschlossen, und bei entstehendem Streite sie nach demselben Rechte vor dem praetor

---

[16]) Fr. 21. D. 4. 2. (quod. met. caus.) Si dos metu promissa sit, non puto nasci obligationem. Die rei uxoriae actio wurde nämlich als bonae fidei actio nach jus gentium beurtheilt. — Sieh auch Fr. 20. §. 3. D. 40. 12. (de liberali causa), wo ebenfalls von einer bonae fidei actio die Rede ist.

peregrinus beurtheilen ließen. Als endlich die Verlegenheit, wie man die neu entstandenen Rechtsverhältnisse unter die bestehenden Förmlichkeiten bringen solle, auf das Höchste gestiegen war, und die Römer, in deren Charakter es lag, an dem seit langer Zeit Bestehenden mit wahrer Ehrfurcht festzuhalten, die dringende Nothwendigkeit einer Veränderung eingesehen hatten, erschien, wahrscheinlich in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts eine lex Aebutia [17]), die später durch die unter August erlassenen leges Juliae ergänzt wurde, durch welche die legis actio als regelmäßige Prozeßeinleitung abgeschafft, und das Prozeßverfahren durch formulae aus dem jus gentium [18]) in das jus civile aufgenommen wurde [19]). Von nun an beginnt eine neue Periode im römischen Rechte, dem sich eine neue Quelle öffnete, — das materielle Prinzip, — welches, anfänglich aus dem jus gentium entnommen, später im prätorischen Edikt sich selbstständig entwickelte und fortbildete [20]).

Das materielle Prinzip wurde jedoch nicht geradezu vom jus civile adoptirt, sondern das Institut der

---

[17]) Heffter in comment. in Gaj. setzt die lex Aebutia in die erste Hälfte des siebenten Jahrhundertes. Buchholz de cognitorib. (in Vatican. fragm. p. 337.) setzt sie ins Jahr 520. Diese lex mag aber wohl nicht vor dem Jahre 552 gegeben worden seyn, in welchem Sextus Aelius noch über die legis actiones schrieb; siehe Fr. 2. §. 7. inf. 38. D. de O. I. (1. 2.)

[18]) Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 33. — Schweppe Rgesch. (Gött. 1826.) §. 554.

[19]) Gellius XVI. 10. — Gajus IV. 30. —

[20]) Savigny Röm. Rgesch. im Mittelalter Bd. I. p. 3.

Exzeptionen war es, durch welches auf indirekte Weise die aequitas in der Praxis Einfluß auf die Rechtsentscheidung erhielt, wie im folgenden Kapitel gezeigt werden wird.

## Zweites Kapitel.

### Das Institut der Exzeptionen in und kurz nach seiner Entstehung.

§. 5.

Sobald die Schranke der legis actio entfernt war, dieser Schlußstein des formellen Rechtsgebäudes, war dem Prätor als dem Handhaber des Rechtes die Möglichkeit gegeben, Recht zu sprechen, wie es die nunmehr geänderte Volksansicht über das Recht heischte. Allmählig hatte sich dem Volksbewußtseyn hinsichtlich des Rechtes das materielle Prinzip aufgedrungen, sey es in Folge der Fortschritte in der Civilisation, oder in Folge des Beispieles, welches das jus gentium gab. Dessenungeachtet betrachteten die Römer das materielle Recht, welches sie nun anerkannt sehen wollten, nicht als solches, sie wollten nur, daß ihr natürliches Gefühl, dessen sie sich aber nicht als Rechtsgefühles bewußt waren, nicht gekränkt werde, und wünschten, daß dem strengen, formellen, ihnen aber alleinigen Rechte, aus Billigkeit,

aequitatis ratione [1]), in der Anwendung, auf eine dem natürlichen Gefühle entsprechende Weise nachgeholfen werde. Dieß konnte das Volk, in dessen Händen die Gesetzgebung lag, nicht bewerkstelligen, denn der Gesetzgeber kann nur Recht setzen, aber aequitas war dem Volke kein Recht. Nur derjenige, welchem die Anwendung der Gesetze bei vorfallenden Streitigkeiten oblag, konnte ermächtiget werden, auszusprechen, die Anwendung des Gesetzes auf einen speziellen Fall müsse aequitatis ratione unterbleiben. Dem Prätor stand also die wichtige Befugniß zu, die Strenge des Rechtes durch Berücksichtigung der Billigkeit zu mildern, und dadurch dem Volkswillen Genüge zu leisten. Ja hätte der Prätor diesem Verlangen nicht nachgegeben, so hätte deßhalb vor dem Volkstribun Beschwerde geführt werden können [2]). Die Art und Weise aber, wie der Prätor

---

[1]) Die Ausdrücke **aequitas, bonum et aequum** sind im Worte **Billigkeit** ganz wiedergegeben, ein Wort, das wir aus **unserer** Jurisprudenz mit Recht verbannen, weil bei uns dasjenige, was den Römern Billigkeit war, wahres Recht ist, und der von uns gebrauchte Ausdruck Billigkeit also nur mehr etwas Unjuristisches, ja etwas dem ohnedieß billigen **Rechte** Widerstreitendes, folglich Ungerechtes, bezeichnen kann.

[2]) Cicero in Lucullo c. 30. „Tribunum aliquem adeant, a me istam exceptionem nunquam impetrabunt.“ — Dieses führt auch Heineccius (siehe Heinecc. ad Vinnium tit. Inst. de except. §. 11. nro. 5.) an, welcher doch in seiner histor. jur. I. §. 67 — 70, und in den antiquit. jur. Rom. I. 2. §. 24 sagt, die Prätoren hätten die gesetzgebende Gewalt **usurpirt**, und das Civilrecht durch mancherlei **artes** umgestürzt.

dem materiellen Rechtsprinzipe als Billigkeit Wirksamkeit in der Praxis verschaffte, wird in den folgenden Paragraphen entwickelt werden.

§. 6.

Durch die lex Aebutia wurde, wie oben (§. 4.) erwähnt, der Formularprozeß eingeführt. Dieser bestand in folgendem Verfahren. Der in seinem Rechte Gekränkte lud den Rechtsverletzer vor Gericht (in jus vocabat), und eröffnete ihm daselbst vor dem Prätor, welche, und auf was für eine Thatsache gegründete, Klage er gegen ihn anzustellen gesonnen sey (edidit actionem). Der Beklagte gab darauf entweder sogleich, oder nach Verlauf einer ihm vom Prätor bewilligten Bedenkzeit, die Erklärung ab, entweder

1) daß er dem Anspruche des Klägers Genüge leisten wolle; in welchem Falle die Sache ohne Prozeß abgethan war; oder

2) daß er dem Anspruche nicht nachkommen werde, sey es nun

   a) weil das asserirte Factum, aus welchem der Anspruch entsprungen seyn sollte, nicht vorgefallen sey (infitiatio), oder

   b) weil aus dem Factum, das er zugestehe, jener Anspruch rechtlich nicht entstanden, oder

   c) weil der auf das vorgetragene Factum gegründete Anspruch durch ein späteres Factum getilgt und erloschen sey.

Nachdem sich der Beklagte geweigert hatte, den Kläger zu befriedigen, bat dieser den Prätor, einen judex zur Untersuchung der Sache zu ernennen (judicem

postulabat), und als Instruction für denselben seinen Anspruch niederzuschreiben (actionem postulabat [3]). Fand der Prätor die Klage offenbar ungegründet, so verweigerte er dieses (actionem denegabat), wo nicht, so verfertigte er die formula (actionem dabat). Diese vertrat die Stelle der alten litis contestatio, und hatte folgende Form [4]):

> Judex esto. (Judicis datio).
> Quod Numerius Negidius argentea vasa Auli Agerii subripuit, et in novam speciem redegit, qua de re agitur; (demonstratio) quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet, (intentio) id judex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret, absolvito. (condemnatio).

Nach Verfertigung der Formel war das Verfahren vor dem Prätor (in jure) beendiget, und die Parteien erschienen vor dem judex, welcher, da das Rechtliche vom Prätor schon festgestellt war, nur noch mit Untersuchung der Thatsachen sich zu beschäftigen hatte. Er legte nach den gesetzlichen Vorschriften den Parteien den Beweis ihrer Behauptungen auf, und je nachdem sich rücksichtlich des rechtlichen Anspruches des Klägers ein

---

[3]) Offenbar ist in diesem Ausdrucke unter actio die formula verstanden, welche den Anspruch des Klägers enthält, wie ja oft der Ausdruck formula statt actio gebraucht wird; siehe z. B. Ulpiaui fragm. XIX. 16; XXV. 12. — Goldschmidt üb. L. C. u. Einred. Seite 7. Note 8.

[4]) Gajus IV. §§. 39—60.

paret, oder ein non paret ergab, verurtheilte er den Beklagten, oder sprach ihn frei.

§. 7.

Sprach der judex aus: paret, so hieß dieses so viel als: Die Thatsachen, worauf des Klägers Anspruch gebaut ist, sind erwiesen; sie haben das vom Kläger geltend gemachte Recht nach den Gesetzen erzeugt, und es liegen keine Thatsachen vor, welche dieses Recht nach den Gesetzen aufgehoben haben. Die Gesetze aber, welche der judex bei seiner Untersuchung zu Grunde legen mußte, waren die Vorschriften des jus civile. Auf die aequitas durfte er nicht Rücksicht nehmen; diese außerordentliche Befugniß, deren Mißbrauch das Recht gefährden konnte, blieb dem Prätor ausschließlich vorbehalten, so daß er solche auch dem judex nicht delegiren konnte. Erachtete er in einem speziellen Falle es für billig, daß die Verurtheilung des Beklagten, obgleich sie nach den Gesetzen hätte erfolgen sollen, unterbleibe, so ermächtigte er den judex, auf Thatsachen Rücksicht zu nehmen, welche er nach dem jus civile nicht hätte beachten dürfen, und trug ihm auf, wenn ihm die Wahrheit dieser Thatsachen vorliege, den Beklagten loszusprechen. Nun war es sehr angemessen, diesen Auftrag der Instruktion (formula) beizufügen, worin der Prätor dem judex anzeigte, was er zu untersuchen, und wie er dann zu entscheiden habe. Dieß geschah dadurch, daß die condemnatio bedingt gemacht wurde auf folgende Weise:

Judex esto.
Si paret, Numerium Negidium Aulo Agerio X milia stipulatum esse,

si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat, judex Numerium Negidium Aulo Agerio X milia condemna; si non paret, absolve.

Dieser Beisatz nun, si in ea re nihil dolo malo A. A. factum sit, neque fiat, wodurch der judex angewiesen wurde, im Falle er die intentio richtig finden sollte, den Beklagten dennoch nicht zu verurtheilen, wenn der Letztere zeigen würde, daß der Kläger sich einen dolus zu Schulden kommen lasse, — eine Thatsache, welche der judex ohne diesen speziellen Auftrag nicht hätte beachten dürfen, — dieser Beisatz erhielt den Namen exceptio. Der ursprüngliche Begriff von exceptio läßt sich demnach in folgende Worte fassen:

> Exceptio ist das Rechtsmittel, durch welches der Prätor die gerichtliche Geltendmachung eines nach dem jus civile zustehenden Anspruches aus Gründen der Billigkeit verhindert.

Nachdem vor Aufstellung dieses ursprünglichen Begriffes von exceptio gezeigt worden, welche Verhältnisse das frühere Bestehen der Exceptionen unmöglich machten, welche Verhältnisse dieses Institut hervorriefen, und in welcher Form im Allgemeinen es entstanden, ist nun darzustellen, unter welchen Voraussetzungen eine exceptio zustand, in welcher Form sie sich geltend machte, welche Wirkungen ihr zukamen, worin sie von den übrigen Vertheidigungsmitteln des Beklagten unterschieden, in welchen Fällen die exceptio als solche entbehrlich war, und in welchem Verhältnisse endlich sie zu der litis

contestatio, dem Schlußakte der Verhandlungen in jure, stand.

§. 8.

Exceptio war ein prätorisches Vertheidigungsmittel. Dieses bezeugen unsere Quellen, welche häufig statt per exceptionem liberari den Ausdruck gebrauchen: per tuitionem praetoris, jure praetorio liberari [5]). Noch viel häufiger aber lehren sie, daß die exceptio ihren Grund in der aequitas habe [6]). Wie aber nun die aequitas und der Schutz durch den Prätor [7]) immer dem Rechte und dem Schutze durch das Recht selbst gegenüber gestellt wurden, so wurde immer per exceptionem tutum esse, und ipso jure liberari [8]) unterschieden.

Wo Jemand durch das Recht selbst (ipso jure) geschützt war, bedurfte er der Hülfe des Prätors nicht [9]).

---

[5]) Fr. 3. §. 1. D. 13. 5. (de const. pecun.) — c. 5. C. de pact. (2. 3.)

[6]) Gajus IV. §. 116. — tit. Inst. de excep. (4. 13.) — Fr. 1. §. 1. fr. 12. D. 44. 4.

[7]) Die Unterscheidung zwischen ipso jure und jure praetorio oder per tuitionem praetoris findet sich in folgenden Stellen: Fr. 1. pr. D. 7. 4. — Fr. 1. §. 9. D. 43. 18. — Fr. 9. §. 1. D. 7. 9. — Fr. 1. §. 5. D. 27. 6. —

[8]) Fr. 17. §. 1. seq. D. 2. 14. (de pact.) — Fr. 34. §. 1. D. de O. et A. (44. 7.) — Fr. 60. D. de fidejus. (46. 1.) — Fr. 38. §. 1. D. 46. 3. (de solut.) — Fr. 22. §. pen. D. 46. 8. (rat. rem hab.) — §. 30. Inst. 4. 6. (de action.)

[9]) Fr. 16. §. 1. D. de minor. (4. 4.): „cessare partes praetoris. — Satis enim ipso jure munitus est.“ Fr. 16. §. 3. D. eod. „ubi contractus non valet, praetorem se non debere interponere.“

Eine exceptio wurde nur da nöthig, wo dem Beklagten ein Umstand zur Seite stand, welcher ihn billigerweise gegen einen Anspruch hätte schützen sollen, welchem Umstande aber durch das Recht nicht die Kraft verliehen war, die Entstehung eines Anspruches zu verhindern, oder einen entstandenen Anspruch aufzuheben. Folgendes Beispiel mag hier genügen:

Hatte Jemand mit seinem Gläubiger ein pactum eingegangen, daß er die Schuld nicht einklage, so konnte er ihn dennoch darum belangen, denn das pactum war keine civilrechtliche Aufhebungsart einer obligatio, der judex durfte es gar nicht berücksichtigen, mußte folglich den Beklagten verurtheilen. Dieses widerstrebt aber dem natürlichen Gefühle; der Prätor gab daher dem Beklagten eine exceptio, d. h. er trug aus Billigkeit dem judex in der Formel auf, daß er diese Thatsache beachten, und wenn er sie richtig finde, den Beklagten lossprechen solle.

Hätte aber jener mit seinem Gläubiger über die Schuld eine acceptilatio geschlossen, und er wäre darauf von ihm wegen eben dieser Schuld belangt worden, so hätte er zu seiner Vertheidigung keiner exceptio bedurft, sondern der judex hätte, sobald der Beklagte die Thatsache der acceptilatio bewiesen, rücksichtlich der intentio das non paret aussprechen, und ihn absolviren müssen, weil eine obligatio nach jus civile durch acceptilatio getilgt ward.

## §. 9.

Wollte sich der Beklagte durch eine exceptio schützen, so mußte er den Prätor angehen, daß er ihm eine exceptio

gebe. Diese exceptionis postulatio [10]) mußte geschehen, bevor der Prätor die formula niederschrieb [11]). Fand der Prätor das Gesuch billig, und wurde das factum, aus welchem die exceptio verlangt worden, sogleich bewiesen, so verweigerte er die actio [12]). Er gab aber die actio, und setzte die exceptio in die Formel, wenn

1) das factum, woraus die exceptio zustand, nicht sogleich bewiesen worden;
2) wenn neben der, obgleich erwiesenen, exceptio eine praescriptio gegeben wurde, welche altioris indaginis war;
3) wenn er gegen die exceptio dem Kläger eine noch nicht erwiesene replicatio gab.

Die exceptio bildete aber dann nicht einen besonderen Theil der Formel, wie es die demonstratio, die intentio, und die condemnatio, und statt letzterer in einigen Fällen die adjudicatio war; auch war sie kein

---

[10]) Cicero de invent. II. 20. nro. 59. „Postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem." — nro. 60. Is qui agit, judicium purum postulat; ille quicum agitur exceptionem addi ait oportere." — Ibid. II. 19: Quare in jure plerumque versantur; ibi enim et exceptiones postulantur. — Idem de orat. I. 37.

[11]) Wollte der Beklagte in judicio eine exceptio vorschützen, welche er in jure zu postuliren versäumt hatte, so konnte er sich recuperandae exceptionis gratia vom praetor in integrum restituiren lassen; jedoch nicht wegen einer versäumten exceptio dilatoria. Gajus IV. §. 125.

[12]) Fr. 9. pr. D. 12. 2. (de jurjur.): Nam postquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est.

Theil einer dieser partes formulae, obwohl sie Einigen als ein Anhang zur intentio erscheint, was die exceptio, die doch blos Faktisches enthält, als etwas der rein Rechtliches enthaltenden intentio ganz Heterogenes, durchaus nicht seyn konnte. Sie war nichts anderes, als ein außerordentlicher Zusatz, welcher seine Stellung zwischen [13]) der intentio und der condemnatio erhielt, und auf letztere Bezug hatte, indem er dieselbe bedingt machte, wie sowohl Gajus und Paulus lehren [14]), als auch deutlich aus der Art, wie die exceptio der Formel eingeschaltet wurde, hervorgeht. Dieses geschah mit si non, si nihil [15]), was Gajus (IV. 119.) so ausdrückt: omnes (?) autem exceptiones in contrarium concipiuntur, quam adfirmat is cum quo agitur. nam si verbi gratia.... dicatur contra pactionem

---

[13]) Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 91.

[14]) Gajus IV. §. 119. „Exceptio... ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem, id est, ne aliter judex... condemnet, quam si nihil... dolo actoris factum sit." — Paulus Fr. 22. D. de excep. (44. 1.) „Exceptio est conditio, quae modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem."

[15]) Mit si non gefaßte Exceptionen, welche Conzeption die häufigste war, kommen in folgenden Stellen vor: Fr. 48. D. 3. 3. — Fr. ult. D. 6. 2. — Fr. 14. in f. D. eod. — Fr. 1. D. 10. 2. — Fr. 17. §. 4. D. 14. 3. — Fr. 17. §. 1. D. 16. 1. — Fr. 10. 11. §. pen. D. 20. 1. — Fr. 12. D. 20. 4. — Fr. 8. §. 9. D. 20. 6. — Fr. 7. §. 1. D. 27. 10. — Fr. 15. D. 37. 4. — Fr. 22. §. 1. D. 39. 2. — Fr. 25. D. 38. 2. — Fr. ult. §. 2. D. 43. 24. — Fr. 24. D. 44. 2. — Fr. 4. §. 8. 32. D. 44. 4. — Fr. 48. D. 46. 1. — Cujacii observat. V. 34. — Brissonius de formulis V. 74—80.

pecunia peti, ita concipitur exceptio: si inter A. A. et N. N. non convenit, ne ea pecunia peteretur.

Es finden sich auch mit si ohne Negation, eben so mit quod gefaßte Exzeptionen [16]). Die Conzeption mit extra quam si, welche bei Cicero an mehreren Stellen, in der Justinian. Gesetzessammlung aber nur einmal, vorkommt [17]), ist die ältere, und man kann mit Gewißheit behaupten, daß von dieser Art der Conzipirung die exceptio ihren Namen erhalten hat [18]).

§. 10.

Durch die exceptio ward bewirkt, daß der Beklagte von der Klage gerade so losgesprochen wurde, als wenn der Umstand, aus welchem ihm die exceptio gegeben worden, das vom Kläger behauptete persönliche Recht oder Sachenrecht ipso jure zu entstehen verhindert, oder wieder aufgehoben hätte. Wollte also Jemand eine ob-

---

16) Fr. 25. §. 17. D. 5. 3. — Fr. 1. §. 3. D. 43. 24. — Fr. 7. 13. 14. 16. 18. D. 44. 1. — Fr. 11. §. 3. D. 44. 2. — Fr. 122. §. 2. D. 45. 1.
Vergleiche hierüber Heffter Comment. in Gajum cap. XXII. u. not. ad Gaj. IV. 133. Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 92.

17) Cicero de invent. II. 20. nro. 59; ep. ad Attic. VI. 1. — Fr. 1. §. 16. D. 43. 12. (de flum.)

18) Donellus (in Comment. jur. civ. XXII. cap. 1. nro. 4.) glaubt, die exceptio habe ihren Namen daher, weil sie eine Ausnahme von der Regel sey, auf welche sich die intentio actoris gründe. Eben so Muhlmann (praes. Neger.) de excep. 1654 (in Zangeri aliorumque Ictorum de excep. opuscula selecta p. 8.) in praefat.

ligatio oder ein Sachenrecht durch eine Klage verfolgen, welcher eine exceptio entgegengesetzt werden konnte, so war er in derselben Lage, als wenn er dieses Recht ipso jure nicht gehabt hätte. Dieses wollen Paulus und Ulpianus in folgenden Stellen sagen: Paulus Fr. 112. D. de R. J. „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.“ — Ulpianus: Fr. 7. §. 8. D. 4. 3. (de dolo mal.) „debere dici quasi nulla actio sit, quae exceptione repellitur, de dolo decernendam.“

Idem Fr. 7. §. 14. D. 42. 4. (quib. ex caus. in poss.) „Quid enim interest, debitor quis non sit, an nondum conveniri possit: nam et si non sit debitor, idem dicemus. Idem erit dicendum et si quis habeat quidem actionem, sed talem quae per exceptionem repellitur.“

Wenn nun die exceptio die Geltendmachung eines nach dem jus civile bestehenden Rechtes durch eine Klage hindert, so wird dadurch an dem Bestehen des Rechtes gar nichts geändert [19]); ja eine exceptio wird nur da gegeben, wo wirklich nach dem jus civile eine actio resp. obligatio besteht; dieses

---

[19]) Dornsperger (syntagma juris de exceptionibus. Lips. 1676.) lib. II. pars I. cap. 1. „differentia exceptionis et defensionis est, quod illa sit actionis exclusio, haec intentionis repulsio.“ — Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 91. — Vinnius dagegen sagt: (ad §. 9. Inst. de except.) Exceptiones peremtoriae non actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure. Ihm folgt Sintenis l. c. p. 179.

zeigt die eben angeführte Stelle, wo es heißt: si quis habeat quidem actionem, sed talem quae per exceptionem repellitur. Es findet sich ferner keine einzige Stelle, wo es hieße: obligatio per exceptionem tollitur, solvitur, nulla redditur, sondern es kommen nur die Ausdrücke vor, daß der Kläger oder die Klage summoveri, excludi, repelli; woraus erhellet, daß die obligatio unversehrt blieb, und ihr nur die Klagbarkeit entzogen war.

Sehr bezeichnend ist der Ausdruck inanis obligatio für eine obligatio, welcher eine exceptio entgegensteht [20]. Inanis ist nämlich keineswegs gleichbedeutend mit nulla, sondern bezeichnet nur den Mangel der Klagbarkeit; sonst könnte in Fr. 95. §. 2. D. 46. 3. (de solut.) nicht gesagt seyn, daß eine inanis obligatio, wenn das auxilium exceptionis wegfiele, wieder kräftig werde (confirmetur), was bei einer obligatio nulla nicht der Fall ist. — Daß nulla und inanis nicht gleichbedeutende Ausdrücke sind, zeigt auch folgende Stelle: Fr. 6. D. de dolo (4. 3.) Nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est. Gajus will hier nur sagen, daß der, welchem die exceptio quod facere possit entgegensteht, in derselben Lage sich befinde, als ob er gar keine obligatio hätte. Dieses ist aber nur der Fall, so lange die exceptio entgegensteht, denn sobald der Schuldner zu glücklicheren Vermögens-Umständen gekommen, kann der Gläubiger

---

[20]) Fr. 95. §. 2. f. D. de solut. (46. 3.) — Fr. 8. §. 9. D. 16. 1. (ad S. C. Vellej.) — Fr. 8. D. 12. 5. (de cond. ob turp.)

mit Erfolge klagend auftreten, was er nicht könnte, wenn die obligatio oder actio nulla gewesen wäre.

Dem bisher Gesagten scheinen zwar folgende Stellen zu widersprechen: Fr. 66. D. de R. J. Desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem justam, nec ab aequitate naturali abhorrentem. — Fr. 55. D. de V. S. Creditor autem is est, qui exceptione perpetua summoveri non potest. Daß aber hier creditor und debitor nicht derjenige genannt wird, welcher eine obligatio hatte, sondern nur derjenige, welcher seine obligatio nicht mit einer Klage verfolgen, beziehungsweise nicht gerichtlich belangt werden konnte, sagt ausdrücklich Modestin im Fr. 108. D. de V. S.: debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest. —

Direkt scheint dem oben Gesagten noch folgende Stelle zu widersprechen:

Fr. 20. §. 3. D. 40. 12. (de liberali causa): Obligatum accipere debemus, si exceptione se tueri non potest. ceterum si potest, dicendum non esse obligatum.

Hier wird ausdrücklich gesagt, daß derjenige, welcher sich durch eine exceptio schützen kann, gar nicht obligirt ist. Wie war es aber möglich, daß eine exceptio, welche doch nur da zustand, wo wirklich eine obligatio vorhanden war, die obligatio aufhob; ein Vertheidigungsmittel konnte ja nur gegen den Angriff gerichtet seyn, und dieser war die Geltendmachung der obligatio, die Klage; die exceptio konnte also nur die Klage unwirksam machen. Anders war es bei den judiciis bonae fidei, wo ein Umstand, welcher bei action. stricti juris

durch eine exceptio wirksam wurde, ipso jure eine obligatio nicht entstehen ließ, oder aufhob. In Bezug auf eine actio bonae fidei fände obige Stelle ganz ihre Anwendung. Lesen wir nun den §. 2. anteced., so finden wir, daß hier von einem Kaufe, also wirklich einem bonae fidei judicio, die Rede ist.

## §. 11.

War der Beklagte auf den Grund einer exceptio losgesprochen worden, so war er für immer von dem Anspruche seines Gegners befreit. Denn wollte dieser von neuem klagend auftreten, so erhielt der Beklagte die exceptio rei judicatae, welche die Abweisung des Klägers, ohne daß seine intentio gewürdiget worden wäre, zur Folge hatte.

Selbst dann, wenn der Beklagte auf eine exceptio dilatoria hin losgesprochen worden, war er für immer befreit, und damit hatte es folgende Bewandtniß: Als das Institut der Präscriptionen, welches ebenfalls mit dem Formularprozesse entstand, noch nicht mit dem Institute der Exzeptionen verschmolzen war, gab es von den späteren sogenannten dilatorischen Exzeptionen nur zwei, nämlich die exceptiones aus einer Zeitbestimmung, und die aus einer Bedingung.

Diese Exzeptionen waren aber rücksichtlich ihrer Wirkung von den übrigen durchaus nicht verschieden; denn fand der judex, diese Exzeptionen beachtend, daß der Kläger zur Zeit der litis contestatio, respektive der Abfassung der Formel, kein Recht hatte, klagend aufzutreten, so befreite er den Beklagten, und der Kläger konnte, kraft der res judicata, sein später entstandenes Recht auf dem Wege der Klage nicht mehr geltend machen.

Wollte sich der Kläger dieser Gefahr nicht aussetzen, so mußte er, wenn der Beklagte eine solche exceptio postulirte, seine actionis postulatio verschieben, oder wieder zurücknehmen, oder überhaupt die actio nicht in judicium deduciren, und erst dann wieder die actionis postulatio vornehmen, wenn der dies der Rechtsverfolgung oder die Bedingung, eingetreten war, der Beklagte mithin die exceptio nicht mehr verlangen konnte.

Die Verschiebung der Klage war demnach nicht sowohl eine Wirkung der exceptio, als vielmehr eine dieser Wirkung vorbeugende Maaßregel des Klägers.

Diese exceptiones dilatoriae waren also von den übrigen Exzeptionen nur in der Dauer verschieden, und man kann sie daher, obgleich kein triftiger Grund einer Eintheilung vorhanden ist, mit größerem Rechte als exceptiones temporales den perpetuis entgegensetzen.

## §. 12.

In der Macht des Prätors lag es, aus Gründen die actio zu denegiren, gar keinen Prozeß zuzulassen. Dieses that er

1) in dem Falle, wo eine dem Beklagten zustehende exceptio sogleich bewiesen wurde [21]); hier war nämlich das Constituiren des judicium ganz überflüssig;

2) wenn er, das rechtliche Bestehen der intentio gar nicht beachtend, den Prozeß verhindern wollte; Gründe, welche ihn dazu bestimmten, konnten seyn, daß er sich für inkompetent in der Sache hielt, daß die actio verjährt war, daß der Prozeß einem künftigen wichtigeren

---

[21]) Fr. 9. pr. D. 12. 2. (de jurjur.)

Prozesse präjudiziren konnte, daß der Person des Klägers die Prozeßführung nicht zustand, daß über die Sache derselbe Prozeß schon stattgefunden, u. s. w. Da diese Gründe aber oft eine nähere Untersuchung erforderten, und der Prätor wegen Häufung von Geschäften sich nicht damit befassen konnte, so gab er provisorisch die actio, schrieb aber jenen prozeßhindernden Umstand der Formel voraus. Der judex durfte sich nun mit Untersuchung und Entscheidung der Sache selbst nur dann befassen, wenn jener der Formel vorausgeschriebene, und eben deßhalb praescriptio genannte, Umstand der actionis datio nicht im Wege stand. Dieses hatte der judex vor allem zu untersuchen, und fand er die praescriptio z. B. der Inkompetenz des Prätors begründet, so erklärte er die nur unter der Bedingung der Competenz gegebene actio für denegirt.

War der Kläger durch eine praescriptio abgewiesen worden, so hinderte dieses ihn nicht, wenn der Grund der praescriptio hinweggefallen war, mit Erfolg dieselbe Klage wieder anzustellen. Es konnte ihm nicht die exceptio rei judicatae entgegengesetzt werden, denn es war die Sache nicht in judicium deduzirt worden, der judex hatte über die intentio weder ein paret noch ein non paret ausgesprochen [22]), auch war die obligatio nicht durch die litis contestatio consumirt, denn mit der

---

[22]) Quinctilian. Inst. or. VII. 5. nro. 2. 3. „cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse." — c. 5. C. de pign. et hyp. (8. 14.) Antoninus: „Nec tibi oberit sententia ... dicta, si eum non causa cognita sed praescriptione superatum esse constiterit." — Heffter Instit. des Civilpr. p. 97. 98.

provisorischen actionis datio fiel auch die Wirkung der nur für den Fall der ungegründeten praescriptio geschehenen litis contestatio hinweg.

§. 13.

Bei der Untersuchung des Begriffes von exceptio im heutigen Rechte erscheint das Verhältniß der exceptio zur litis contestatio wichtig, nicht so im älteren römischen Rechte. Hier bildete die litis contestatio den Schluß des Verfahrens vor dem Prätor (in jure), und bestand vor Entstehung des Formularprozesses in Aufrufung der zugezogenen Zeugen, daß sie das, was sie in jure gesehen und gehört, getreulich dem judex berichten sollten. Als der Formularprozeß eingeführt war, wurde diese Zeugenaufrufung durch Abfassung der formula ersetzt; sobald diese geschehen war, war lis contestata [23]). Die litis contestatio, als der ideelle Endpunkt des Verfahrens in jure, stand mit der exceptio also in keiner weiteren Beziehung, als daß zur Zeit der L. C. die exceptio schon in die Formel aufgenommen seyn mußte [24]), und daß der judex, wie das Bestehen der actio, so auch das Bestehen der exceptio nach der Zeit der litis contestatio zu beurtheilen hatte.

---

[23]) Keller üb. L. C. u. Urtheil 1827. §. 1. p. 2—14. Dagegen ist Goldschmidt üb. L. C. u. Einred. 1812, welcher die L. C. in das judicium versetzt (p. 13. 14.), und die Zeugenaufrufung erst seit Diocletian außer Gebrauch kommen läßt. (p. 26.) — Heffter (Inst. des Civilpr.) p. 295. ist der Meinung, die litiscont. und die Zeugenaufrufung sey erst nach Aufhebung der legis actiones in Gebrauch gekommen.

[24]) Spengel üb. L. C. u. Einred. 1827 §. 25. versetzt die ganze Vertheidigungshandlung des Beklagten erst nach der litiscont.

## §. 14.

Einer besonderen Erwähnung bedarf es, daß bei einigen Klagen, nämlich bei den actiones bonae fidei, der Beklagte vom Prätor keine exceptiones zu postuliren brauchte. Diese Ausnahme hatte folgenden Grund:

Als der Prozeß nicht mehr durch die legis actiones vor dem praetor urbanus eingeleitet wurde, fing dieser an, gewisse, nach dem jus gentium eingegangene, Rechtsgeschäfte zu schützen, und sie nach Peregrinenrecht zu beurtheilen. Diesen Schutz gewährte er solchen Rechtsgeschäften, welche nach jus civile nur unter lästigen und dem Verkehre hinderlichen Formen eingegangen werden konnten, ebenso zweiseitigen Kontrakten, aus welchen gegenseitige Ansprüche entstanden [25]), so daß die Römer sehr häufig diese Rechtsgeschäfte nach jus gentium eingingen, und bei vorfallenden Streitigkeiten durch den praetor peregrinus beurtheilen ließen. Solche Rechtsgeschäfte waren der Kauf- Mieth- Pfandvertrag, das Mandat, Depositum, und einige andere; die Klagen aus diesen Verträgen nannte man actiones bonae fidei, den Prozeß judicium bonae fidei, und setzte sie den civilrechtlichen Klagen entgegen, welche man actiones stricti juris nannte. Der wesentliche Unterschied des judicium stricti juris, und des judicium bonae fidei lag darin, daß der judex bei ersterem nur auf besondere Ermächti-

---

25) Nach dem jus civile konnte ein Gegenanspruch nur durch eine eigene actio geltend gemacht werden, während nach dem jus gentium Anspruch und Gegenanspruch in einem Prozesse beurtheilt werden konnten, und Compensation möglich war. — Vergl. Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 91. Note 7.

gung vom Prätor die Billigkeit berücksichtigen durfte, bei letzterem aber immer ex bono et aequo zu urtheilen hatte [26]. War also z. B. bei einem Kaufe ein dolus des Verkäufers und Klägers vorgefallen, so sprach der judex das non paret aus, weil aus einem dolosen Verkaufe ex aequo et bono gar kein Recht entstanden war, während er bei einer Civilklage jedenfalls das paret hätte aussprechen müssen, obschon die doli mali exceptio die Verurtheilung verhindert hätte. In diesem Sinne sagen Paulus und Ulpianus: bonae fidei judicio exceptiones insunt [27], und Julian [28]: judicium bonae fidei continet in se (doli mali) exceptionem [29], was so viel heißt [30], als: was bei den judiciis str. jur. durch eine exceptio geschützt wird, hat bei den judiciis bonae fidei schon von selbst (ipso jure [31]),

---

[26]) §. 30. Inst. 4. 6. (de action).

[27]) Fr. 3. D. 18. 5. (de resc. vend.) — Fr. 21. in f. D. 24. 3. (sol. matr.) — Fr. 7. §. 6. D. 2. 14. (de pact.)

[28]) Fr. 84. §. 5. D. de leg. I. (30.)

[29]) Zanger de exceptionib. Lib. III. cap 13. und viele Andere sind der Meinung, auch bei den bonae fidei judiciis sey die exceptio nöthig gewesen, wenn der dolus erst nach dem Contrakte eingetreten sey. Diese Meinung hat ihren Grund in der unrichtigen Auslegung einiger Gesetzes-Stellen.

[30]) Zimmern Röm. Rgesch. Bd. III. §. 91. Note 8.

[31]) Fr. 16. §. 1. D. de minor. (4. 4.) „si minor circumscriptus societatem coierit, nullam esse societatem: et ideo cessare partes praetoris. Idem et Ofilius respondit: satis enim ipso jure munitus est.“ — Fr. 3. §. 3. D. pro socio (17. 2.) Societas, si dolo malo coita sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.

ohne Beihülfe des Prätors, Wirksamkeit [32]). — Dieses gilt aber nicht von den Präscriptionen, welche später ebenfalls exceptiones genannt wurden, denn diese mußten hier ebenso wie bei den actiones stricti juris der Formel vorangeschrieben werden [33]), weil sie nicht geradezu in dem natürlichen Gefühle ihren Grund hatten.

Durch das Bisherige ist die Meinung derjenigen widerlegt, welche glauben, die Exzeptionen seyen ein Institut des jus gentium gewesen, und aus diesem von dem praetor urbanus aufgenommen worden.

Der Prätor nahm sie nicht nur nicht aus dem jus gentium, sondern sie waren dem jus gentium selbst ganz unbekannt.

Alle jene Umstände, aus welchen der praetor urbanus Exzeptionen gab, bedingten im jus gentium das Recht des Klägers; wer Jemanden zur Ablegung eines Versprechens Zwang angethan hatte, dem stand eben so wenig ein Klagerecht zu, als einem schon befriedigten Gläubiger.

Nicht die Exzeptionen entlehnte der Prätor aus dem Peregrinenrechte, sondern jenem materiellen Prinzipe, welches dasselbe durchdrang, wollte er auch auf die Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten der Römer Einfluß verschaffen.

---

[32]) Noodt de jurisdict. et imper. I. cap. 15. — Heineccius ad Vinnium in §. 11. Inst. de excep. nro. 5.

Goldschmidt üb. L. E. und Einred. p. 19. setzt den Unterschied zwischen judiciis stricti juris und bonae fidei rücksichtlich der Exceptionen blos darein, daß bei den bonae fidei actiones die vor dem Prätor ausgelassenen peremtorischen Einreden noch in judicio hätten nachgeholt werden können.

[33]) Zimmern a. a. O. §. 91. Note 7.

Aus diesem Bestreben des Prätors und dem Zurückstoßen dieses materiellen Prinzipes von Seite des jus civile war die exceptio entstanden.

---

## Drittes Kapitel.

### Begriff und Wirkungen der Exzeptionen zur Zeit der klassischen Juristen.

---

§. 15.

Im zweiten Jahrhunderte unserer Zeitrechnung trat die Periode ein, in welcher die römische Rechtswissenschaft ihre höchste Blüthe erreichte, die Periode, welche das römische Recht eben zu dem machte, was es ist, zur Grundlage der Rechte aller gebildeten Völker. Sollte denselben Juristen, welche das römische Recht so sehr emporhoben, in dem wichtigen Institute der Exzeptionen von den Juristen neuerer Zeit Inconsequenz und Verwirrung der Begriffe mit Recht zum Vorwurfe gemacht werden? Es wird sich zeigen, daß dieser Vorwurf sie nicht treffe.

Es wurde oben erörtert, daß der Prätor zwei, sowohl ihrer historischen Bildung als ihrer inneren Natur nach ganz verschiedene Rechte, das jus civile und das jus gentium, in Wechselwirkung setzte, und daß in der aequitas die Triebfeder lag, welche ihn durch den Nationalwillen dazu bewog, und dabei leitete.

Kurz vor dem Aufblühen der klassischen Jurisprudenz standen diese beiden verschiedenen Rechte durch die Vermittlung des Prätors in vielfacher Berührung, und die schroffe Strenge des jus civile wurde in der Praxis bedeutend gemildert. So erschien den klassischen Juristen das jus gentium auch als ein Theil des römischen Rechtes, und sie waren sich daher des römischen Rechtes als aus zwei verschiedenen Elementen bestehend bewußt. Das eine Element fanden sie im prätorischen Rechte, das sich aus dem jus gentium gebildet hatte. Diesem widmeten sie ihre besondere Aufmerksamkeit, sie brachten das Prinzip zum Bewußtseyn, welches dem jus gentium oder dem prätorischen Rechte zum Grunde lag, und fanden als solches das natürliche Gefühl, die ratio naturalis.

Was aus diesem Prinzipe abgeleitet war, erschien ihnen nicht als bloße Billigkeit, sondern als materielles Recht, jus naturale. Sie erkannten eine obligatio naturalis an, das heißt, sie erkannten dasjenige für etwas Juristisches, was in der vorigen Periode noch für etwas dem Rechte ganz Fremdes angesehen wurde, das man aber doch aus Billigkeit berücksichtigen müsse.

Was aber diese Juristen für etwas Juristisches ansahen, dem gaben sie darum nicht auch die Wirksamkeit des positiven Rechtes, sie gewährten ihm nur passiven Schutz, gaben aus einem solchen Verhältnisse selten eine actio, sondern gewöhnlich nur eine exceptio.

## §. 16.

Neben diesem freieren, bildsamen Elemente, das sie im prätorischen Rechte fanden, wurden jene großen Juristen im alten jus civile, wie sie es in dem Zwölf-

tafelgesetze und der interpretatio der ihnen vorangegangenen Juristen fanden, ein anderes Element gewahr, dem ein Prinzip inwohnte, das wohl eine systematische Entwickelung, aber keine freie Fortbildung erlaubte. Dieses Prinzip war die ratio civilis, das ächt nationale römische Rechtsprinzip, welches freilich dem Bewußtseyn der neuen Römer immer mehr und mehr entfremdet wurde. In diesem Elemente des römischen Rechtes ehrten jene Juristen die Nationalität des römischen Volkes, die sich immer mehr und mehr verwischte; sie erkannten in ihm eine Stütze gegen die verderbliche Willkühr im Rechte, den Grundstein, auf dem sich das Rechtsgebäude erheben, den Centralpunkt, auf den sich alle Theile des Rechtes beziehen sollten.

Seit der Zeit, wo ihre praeceptores, die veteres juris consulti, aufhörten, nahmen die Juristen dieser Periode keine extensive Fortbildung des jus civile mehr an; zwar blieben die Organe des jus civile, aber was diese nach der Zeit der veteres schufen, trug den Stempel der Willkühr, und wurde deßhalb von den obschon gleichzeitigen Juristen nicht als jus civile anerkannt. Was wäre aus dem consequenten jus civile geworden, wenn es mit den unzähligen leges, senatus consulta, constitutiones principum überschwemmt worden wäre? mit jedem Jahrzehente hätte es eine andere Gestalt gewonnen, aus einem consequenten Rechtssysteme wäre es ein Chaos von sich widersprechenden Verordnungen geworden. Die extensive Fortbildung war also diesem jus civile im wissenschaftlichen Sinne abgeschnitten, nur der intensiven Fortbildung nach der ratio civilis war es fähig. — Trennt man diesen wissenschaftlichen Begriff des jus civile von dem vagen Begriffe, wornach alles das

jus civile ist, was auch in der Kaiserzeit durch die Organe des positiven Rechtes entstanden, so wird in dem Institute der Exzeptionen manches scheinbar Inconsequente als wissenschaftlich nothwendig erscheinen.

§. 17.

In der klassischen Zeit der römischen Jurisprudenz entstanden die sogenannten exceptiones civiles [1]), worüber exorbitante Ansichten die allgemein verbreiteten sind, an welche man aber schon zu sehr gewöhnt ist, als daß sie auffallend erschienen. Man spricht von civilrechtlichen Exzeptionen, welche contradictio in adjecto! Exzeptionen, ein Mittel des Prätors, wodurch er aequitatis ratione die Wirksamkeit des jus civile hemmte, sollten durch das jus civile selbst gegeben worden seyn? Das jus civile sollte seiner eigenen Wirksamkeit Schranken gesetzt, ja sich selbst vernichtet haben? — Ferner sagt man, diese civilrechtlichen Exzeptionen hätten ipso jure gewirkt [2]). Welch größerer Widerspruch könnte in einem Begriffe vereiniget werden, da Aufhebung einer obligatio ipso jure und ope exceptionis direkte Gegensätze sind? — Auch wird behauptet, daß diese civilrechtlichen Einreden nicht vom magistratus implorirt worden, sondern erst beim judex vorgekommen seyen [3]), da im Ge-

---

[1]) Solche sind die exceptio S.C. Macedoniani, die exc. S.C. Vellejani, die exc. S.C. Trebelliani, die exc. legis Cinciae, die exc. non numeratae pecuniae, u. m. a.

[2]) Schweppe Röm. Rgesch. §. 562. — Spengel üb. L. C. u. Einred. §. 27.

[3]) Schweppe a. a. O.

gentheile alle Exzeptionen vom Prätor implorirt werden mußten, weil der judex, welcher nach jus civile richtete, sie nicht hätte beachten dürfen, und alle Umstände, welche der judex ohne spezielle Ermächtigung durch den Prätor berücksichtigte, demnach keine Exzeptionen waren.

Andere [4]) sehen diese Widersprüche ein, und nehmen an, die exceptiones civiles seyen keine Exzeptionen gewesen, sie seyen nur aus unbegreiflicher Inconsequenz so genannt worden, und argumentiren so: Durch ein Gesetz wird Recht gesetzt; bin ich gegen einen Anspruch durch ein Gesetz geschützt, so bin ich rechtlich nicht verpflichtet (ipso jure non sum obligatus); ich bedarf also keiner exceptio. — So richtig dieser Schluß in Bezug auf unser heutiges Recht ist, so unrichtig ist er, wie in §. 18. wird gezeigt werden, in Bezug auf das römische Recht.

Andere glauben den Schlüssel zu den sogenannten civilrechtlichen Einreden in den leges imperfectae gefunden zu haben, leges, die erst durch den Prätor Wirksamkeit erhalten haben sollen [5]).

Diese leges bedürfen aber der Erklärung weit mehr, als das, was dadurch erklärt werden soll. Gesetze ohne selbstständige Kraft, deren Wirksamkeit erst von der Billigkeit des Prätors abhieng, solche Gesetze zu geben, stand nicht blos beim princeps, und dem senatus, solche Gesetze hätte Jedermann erlassen können.

---

[4]) Spengel l. c. hält die except. civ. für negative Litis-Contestationen, und legt dem Kläger den Beweis auf, daß für den Beklagten das vom Gesetze begünstigte factum gar nicht vorhanden sey. Dieses ist sowohl nach römischem (sieh §. 18.), als nach heutigem Rechte unrichtig.

[5]) Zimmern röm. Rgesch. Bd. III. §. 91.

Eine lex imperfecta ist nach Ulpian [6]) ein solches Gesetz, welches dem Geschäfte, das es verhindern will, den rechtlichen Schutz entzieht, dasselbe aber nicht für ungültig (ipso jure nullum) erklärt.

Die Imperfection einer lex kommt demnach erst da zur Sprache, wo es sich um Rescission eines Geschäftes handelt. Wenn z. B. der Haussohn das seinem Darlehensgläubiger gezahlte Geld als indebitum zurückfordern wollte, so müßte ihm entgegengesetzt werden, die lex sey eine imperfecta lex, sie rescindire das Geschäft nicht. Im übrigen hat eine lex imperfecta die Wirkung jeder anderen lex, welche etwas verbietet, sie läßt nämlich gar keine actio zu.

Gesetzt aber, die civilrechtlichen Einreden ließen sich durch folgende Argumentation erklären: Die Imperfection einer lex besteht darin, daß sie ein Geschäft nicht für ipso jure nullum erklärt; wo aber ein Geschäft nicht ipso jure nullum, also eine actio daraus entstanden ist, und man doch gegen diese geschützt werden will, braucht man eine exceptio, mag diese nun vom Prätor aus eigener Macht oder wegen eines Gesetzes gegeben werden. Gesetzt, diese Argumentation wäre richtig, wie wäre es erklärbar, daß solche imperfectae leges erlassen wurden, und wie ließen sich diejenigen Exzeptionen rechtfertigen, welche aus leges gegeben werden, deren Imperfection nicht ausgemacht ist, wie das S. C. Vellejanum, und welche ausgemacht leges perfectae sind, wie die lex, aus welcher die exceptio non numeratae

---

[6]) Ulpiani Fragm. I. §. 1. Imperfecta lex est, velut Cincia, quae supra certum modum donari prohibet, et, si plus donatum sit, non rescindit.

pecuniae zusteht? Alle diese Zweifel finden ihre Lösung in dem im §. 16. angedeuteten wissenschaftlichen Begriffe von jus civile, aus welchem die sogenannten exceptiones civiles sich leicht erklären lassen.

§. 18.

Zur Zeit der höchsten Blüthe der Jurisprudenz stand das Recht über den Gesetzen. Das Recht bestand aber in dem alten jus civile, wie es sich bis zu Ende der freien Republik extensiv ausgebildet hatte, und in den Rechtssätzen, welche sich aus dem Prinzipe dieses jus civile, aus der ratio civilis, ableiten ließen (§. 16.). Die Organe des Rechtes, wie die leges, senatus consulta, constitutiones principum, das edictum praetoris, konnten aus Rücksichten, wie es die Billigkeit, der Verkehr u. s. w. erforderte, nur die praktische Anwendung dieses Rechtes modifiziren.

Keine lex, kein senatus consultum, keine constitutio konnte aussprechen: Hier entsteht, oder hier endet eine obligatio; hier entsteht keine obligatio, oder hier endiget sich die obligatio nicht. Sie konnten nur gebieten, der Prätor solle die Rechtsverfolgung hemmen, oder, der Prätor solle einem Umstande die zu seiner Geltendmachung erforderlichen Rechtsmittel (die actio) geben. So sagt z. B. das S.C. Vellejanum und das S.C. Macedonianum nicht, es entstehe keine obligatio für die femina, oder für den filius familias, sondern sie sagen, der Prätor solle die Rechtsverfolgung der Gläubiger hemmen (placet, ne actio petitioque detur [7]). So sagt ferner das S.C. Trebellianum nicht,

[7]) Fr. 1. pr. D. 14. 6. (ad S.C. Maced.) Fr. 2. §. 1. D. ad S.C. Vellej. (16. 1.)

der Fiduciar solle hinfort als nicht obligirt, der Fideicommissar aber als obligirt betrachtet werden, sondern es sagt, die actiones sollen nicht gegen den Fiduciar, sondern gegen den Fideicommissar gegeben werden [8]).

Der Prätor verweigerte aber die actio nur dann, wenn die Thatsache, welche ihn dazu veranlaßte, keine nähere Untersuchung erforderte. War diese nöthig, so gab er die actio, und constituirte ein judicium; weil aber der nach jus civile richtende judex jenes rechtlich unwirksame factum nicht hätte beachten dürfen, so mußte der Prätor dem judex die Berücksichtigung dieser Thatsache ausdrücklich auftragen, und dieses that er, indem er dem Beklagten eine exceptio gab. Die exceptio wurde auch in die Formel gesetzt, wenn ihr eine noch zu erweisende replicatio entgegengesetzt wurde. — Jedes Gesetz, welches einen nach dem jus civile entstandenen Anspruch nicht gelten lassen wollte, gab so zu einer exceptio Veranlassung, und so sind die Worte des Gajus (IV. 118.) zu verstehen: quae (sc. exceptiones) omnes vel ex legibus, vel ex his, quae legis vicem optinent, substantiam capiunt, vel ex. etc. — Die exceptiones S.C. Macedoniani, S.C. Vellejani, S.C. Trebelliani, non numeratae pecuniae etc. sind demnach keine exceptiones ex jure civili, sondern es sind wahre exceptiones, welche gegen die ratio civilis gegeben wurden, jedoch aus einer lex, — die nothwendig eine imperfecta seyn mußte, — ihre Substanz nahmen.

Aus dieser Entwickelung wird man entnehmen, daß die sogenannten exceptiones civiles eine Folge der Con-

---

8) Fr. 1. §. 2. D. 36. 1. (ad S.C. Trebell.)

sequenz jener großen Juristen waren, welche verletzt worden wäre, wenn sie in diesem Punkte so verfahren wären, wie sie nach den Rechts-Ideen unserer Zeit hätten verfahren müssen.

§. 19.

In dieser Periode verlor sich die genaue Unterscheidung der Präscriptionen und der Exzeptionen, indem die Präscriptionen auch Exzeptionen genannt, und wahrscheinlich auch so concipirt wurden; der Unterschied beider Rechtsmittel in Hinsicht der Wirkung verlor sich indessen nicht. Die Verschmelzung dieser beiden Vertheidigungsmittel erklärt sich leicht aus ihrer Vergleichung unter sich und mit der civilrechtlichen defensio. Wie die Exzeptionen, so schützten auch die Präscriptionen, obschon zuweilen nur auf kurze Zeit, den Beklagten gegen eine Klage, standen ebenfalls nicht ex jure civili zu, sondern wurden vom Prätor gegeben, und wurden gleichfalls, als vom judex ex officio nicht zu beachtende Umstände, in die Formel gesetzt. Wegen dieser Aehnlichkeit sagt schon Cicero (ad Herenn. II. 13.) praescriptio sive translatio esse videtur quaedam exceptio. Von den praescriptiones sollten manche den Kläger von prozessualischen Nachtheilen bewahren [9]). Die weit größere Aehnlichkeit der praescriptiones pro reo mit den Exzeptionen, als mit den praescriptiones pro actore mochte nun ebenfalls dazu beigetragen haben, ersteren den Namen und die Gestalt von Exzeptionen zu

---

9) Gajus IV. §§. 130 — 137. — Schweppe Rgesch. §. 258. 559. nimmt sonderbarer Weise an, die praescriptiones pro reo seyen ebenfalls vom Kläger ausgegangen.

geben, so daß zu Gajus Zeit nur noch pro actore Präscriptionen concipirt wurden [10]). Obgleich nun die Präscriptionen auch Exzeptionen hießen, so blieb dennoch der bedeutende Unterschied, daß die Exzeptionen, die ehemals Präscriptionen waren, den Prozeß zu verhindern bezweckten, und also auch jetzt noch vor Allem untersucht werden mußten [11]), während nach Vorschützung ursprünglicher Exzeptionen über die intentio gesprochen, und in der Sache selbst entschieden wurde. Daraus erwuchs auch jetzt noch der Unterschied, daß dem durch eine praescriptio überwundenen Kläger, wenn er wieder klagend auftrat, die exceptio rei in judicium deductae, oder die exceptio rei judicatae nicht, wie demjenigen, welcher durch eine exceptio überwunden worden, im Wege stand. Dieß wird ausdrücklich in einer Constitution Antonins c. 5. C. de pign. et hyp. (8. 14.) gesagt, wo es heißt: Nec tibi oberit sententia adversus debitorem

---

[10]) Gajus IV. 130. 133.

[11]) Goldschmidt üb. L. E. u. Einred. p. 15, — und Sintenis in Zu=Rheins Jahrb. Bd. I. H. 1. p. 164—166, ebenso mehrere ältere Schriftsteller haben gerade die entgegengesetzte Ansicht, und nennen die zerstörlichen Einreden praescriptiones κατ' ἐξοχήν. Wie erklären diese Schriftsteller die Stelle Cicero's (ad Herenn II. 13.) Praescriptio sive translatio esse videtur quaedam exceptio, und Quinctilians (Inst. or. VII. 5. nro. 2. 3.) cum ex praescriptione lis pendet, de ipsa re quaeri non est necesse.? Erst seit der späteren Kaiserzeit wird der Ausdruck praescriptio auch für exceptio peremtoria gebraucht; die seltenen Stellen, wo wir dieses schon bei den klassischen Juristen finden, sind interpolirt.

Vergl. Heffter Comment. ad Gaji Inst. cap. XXIII. — Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 97.

tuum dicta, si eum collusisse cum adversario tuo, aut (ut dicis) non causa cognita, sed praescriptione superatum esse constiterit. Selbst von dieser Stelle und den oben §. 12. angeführten Gründen abgesehen, ließe sich das Gesagte an der exceptio quod praejudicium non fiat, und der exceptio rei judicatae, welche beide früher als Präscriptionen gefaßt wurden [12]), zeigen. Die exceptio quod praejudicium non fiat hatte nämlich den Zweck, zu verhindern, daß für den Kläger aus dem von ihm intentirten Prozesse die exceptio rei judicatae gegen eine Klage erwachse, welche der jetzige Beklagte gegen ihn zu stellen gesonnen war. Unmöglich konnte also aus der Abweisung des Klägers eine res judicata entstehen, welche eben jene exceptio verhindern sollte. Eben so sonderbar wäre es, anzunehmen, daraus, daß der Beklagte auf eine exceptio rei judicatae hin absolvirt worden, sey bei nochmaligem Auftreten des Klägers eine neue exceptio rei judicatae erwachsen. Außer der exceptio pacti conventi ne intra .... annos peteretur, und der exceptio aus einer Bedingung hatten also alle exceptiones dilatoriae nur die Wirkung der ehemaligen Präscriptionen.

Anders verhält sich die Sache nach der allgemeinen Ansicht. Diese geht nämlich dahin, daß alle dilatorischen, vom judex gegründet gefundenen, Exzeptionen

---

[12]) Von der ersteren sagt dieses Gajus IV. 133. — Die exceptio rei judicatae war offenbar eine praescriptio, wie sie auch sehr oft genannt wird, denn sie sollte verhindern, daß ein schon entschiedener Prozeß noch einmal aufgenommen werde; es wurde nicht das rechtliche Bestehen der intentio, sondern ob über diese Sache schon ein Prozeß statt gefunden, untersucht.

den Beklagten für immer befreit hätten [13]). Diese Ansicht stützt sich auf die Worte des Gajus (IV. 123.): „Observandum autem est ei, cui dilatoria objicitur exceptio, ut differat actionem, alioqui si objecta exceptione egerit, rem perdit, nec enim post illud tempus, quo integra re, evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest, re in judicium deducta et per exceptionem peremta." Daß Gajus aber hier nur von der exceptio pacti conventi temporalis spricht, welche nie als praescriptio gegeben worden, sondern von jeher eine die Sache berührende exceptio war, erhellet aus dem vorhergehenden §. 122, wo er diese exceptio (und nur gelegenheitlich auch die exc. litis divid. und rei resid.) anführt; ferner aus den Worten dieses §. 123. selbst: nec enim post illud tempus etc. und dann: re in judicium deducta [14]); endlich aus dem Anfange des folgenden §. 124: Non solum autem ex tempore, sed etiam ex persona dilatoriae exceptiones intellegantur. — Nicht entgegen ist ferner der §. 124. in fine, wo es heißt, daß die vom Kläger nicht beachtete exceptio cognitoria den Verlust der Sache nach sich zog. Es ist hier nicht zu übersehen, daß dieses nicht die Worte des Gajus, sondern Hollwegs sind, und daß, so wahrscheinlich diese Conjektur ist, es immerhin eine bloße Conjektur bleibe. Gesetzt aber auch, es wären Gajus Worte, so würden sie gleichwohl obiger

---

[13]) Diese Ansicht haben Heffter Inst. des Civilproz. p. 94—95. — Schweppe Rgesch. (Gött. 1826.) §. 562. — Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 95.

[14]) Daß bei den Präscriptionen res nicht in judicium deduzirt worden, wurde oben §. 12. gezeigt.

Behauptung nicht im Wege stehen, denn es ist höchst wahrscheinlich, daß die exceptio cognitoria nie als praescriptio gefaßt worden, sondern eine gegen eine verborum obligatio gegebene exceptio gewesen [15]), was bei der späteren except. procuratoria nicht der Fall war.

Daß nur die dilatoriae exceptiones aus einem pactum, worin eine Zeitbestimmung oder eine Bedingung gemacht worden, jene Wirkung der exceptiones peremtoriae theilten, erhellet auch aus der Constitution Zeno's, durch welche diesen dilatorischen Exzeptionen jene Wirkung genommen wurde. Es heißt nämlich im §. 10. Inst. 4. 13. (de except.): „Hodie autem non ita stricte hoc procedere volumus: sed eum qui ante tempus pactionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenonianae constitutioni subjacere censemus [16]).

## §. 20.

Was nun die Definitionen von exceptio betrifft, welche uns Gajus, Ulpianus und Paulus geben, so wird ihnen kein besonders großer Werth zugestanden werden können, da diese Juristen, so bündig sie sich auch auszudrücken pflegten, dennoch bekanntlich in der Aufstel-

---

[15]) Die Cognitoren mußten in Gegenwart beider Parteien ernannt werden. Gajus IV. §. 83. Wahrscheinlich erkannte der Beklagte den von seinem Gegner aufgestellten Stellvertreter mit bestimmten Worten an. Wollte er ihn nun, wenn es zum Prozesse kam, doch nicht anerkennen, so mußte er sich gegen seine verborum obligatio eine exceptio geben lassen.

[16]) Diese lex Zenoniana wird auch erwähnt im §. 33. Inst. 4. 6. (de action.), wo ebenfalls nur von der plus petitio die Rede ist.

lung von Definitionen eben nicht glücklich waren, und wahrscheinlich auch hier Interpolationen stattgefunden haben, wie das Schicksal der in Justinians Institutionen aus Gajus aufgenommenen Beschreibung lehrt.

Gajus (IV. 116.) beginnt seine Lehre von den Exzeptionen mit folgenden Worten: „Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit, eum judicio condemnari.“ Darauf führt er als Beispiele die Fälle an, in denen die exceptiones non numeratae pecuniae, pacti conventi, quod metus causa, rei litigiosae gegeben werden. Wo er von der Conception spricht, sagt er unter anderen: „exceptio ita formulae inseritur, ut conditionalem faciat condemnationem.“ Hauptsächlich bezeichnet Gajus die exceptio als ein Mittel, um, dem jus civile gegenüber, der aequitas im Rechte Geltung zu verschaffen. Und gerade diese Auffassung der exceptio von Seite ihres Ursprunges und ihrer Bedeutung ist es, welche in der Definition des Ulpianus und Paulus vermißt wird.

Die Definition des Ulpianus (Fr. 2. pr. D. de except. 44. 1.) lautet: „Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cujusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est.“ Beim ersten Anblick scheint dieser Begriff auch die defensio, welche ex jure civili zusteht, in sich zu begreifen. Wird jedoch derselbe genauer geprüft, so kann nicht entgehen, daß die Worte exclusio, excludere, auf welche Ulpianus in den auf die Definition folgenden Stellen stets wieder zurückkommt, für den

Begriff von exceptio sehr bezeichnend sind. So heißt es sogleich im §. 1: „Replicationes — ideo necessariae sunt, ut exceptiones excludant.“ und in §. 2. „Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse: exceptio actorem excludit: replicatio reum.“ So wenig nämlich, was nicht vorhanden ist, rescindirt werden kann, so wenig kann das, was nicht vorhanden ist, oder ipso jure nicht erfolgen kann, excludirt werden. Wenn es z. B. in der Formel hieß: si paret, N.N. A.Ao. X. milia dare oportere, judex N.N. A.Ao. ....condemna, und der Beklagte (N.N.) bewies, daß er schon gezahlt habe, so schloß er durch diese defensio die intentio nicht aus, sondern er zeigte dadurch dem judex, daß die intentio rechtlich gar nicht vorhanden sey, und die condemnatio daher schon rechtlich nicht erfolgen könne. Hatte sich der Beklagte aber die exceptio pacti conventi geben lassen, so war die intentio, weil dem pactum civilrechtlicher Schutz fehlte, ipso jure vorhanden, und die condemnatio hätte ipso jure erfolgen müssen, die intentio wurde aber durch die exceptio unwirksam gemacht, also das dare oportere und das condemnari ausgeschlossen.

Die Definition, welche Paulus (Fr. 22. pr. D. de except.) gibt, bedarf eben so, wie die Ulpians, wenn sie nicht, als zu weit gefaßt, getadelt werden soll, genauer Prüfung der Ausdrücke. Paulus sagt: „Exceptio est conditio [17]), quae modo eximit

---

[17]) Oldendorp. (Enchirid. exceptionum. Francof. 1660) übersetzt conditio nicht mit Bedingung, sondern erklärt es durch facultas, jus.

reum damnatione, modo minuit damnationem.“ Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man glauben, die damnatio sey auch durch jede civilrechtliche Defension bedingt, es liege in dem „judex condemna“ immer die stillschweigende Bedingung, wenn der Beklagte nicht schon gezahlt habe ꝛc. Dem ist aber nicht so; der condemnatio ist immer die ausdrückliche Bedingung beigefügt: si paret (N. N. dare oportere), d. h. wenn es sich zeigt, daß der in der intentio ausgedrückte Anspruch rechtlich vorhanden ist; die condemnatio ist also durch das Vorhandenseyn des Anspruches, nicht aber durch den Einwand der Bezahlung bedingt. Nun ist aber das rechtliche Vorhandenseyn des Anspruches keine conditio, quae eximit reum damnatione, denn wenn die condemnatio ipso jure nicht eintreten kann, so braucht der Beklagte von der condemnatio, als rechtlich unmöglich, nicht erst losgemacht zu werden. Eben so wenig kann etwas, was nicht vorhanden ist, oder rechtlich nicht erfolgen kann, minuirt werden, am wenigsten aber die condemnatio, denn zeigte es sich, daß der Beklagte H V milia schon abgezahlt hatte, so war der in die intentio deduzirte Anspruch auf X milia rechtlich nicht vorhanden, und es hatte diese plus petitio die gänzliche Absolvirung des Beklagten zur Folge. Der von Paulus gegebene Begriff einer exceptio enthält demnach die civilrechtliche Defension durchaus nicht in sich, vielmehr ist das Wesen der exceptio genau darin bezeichnet. Die exceptio kam nämlich nur zur Sprache, wenn die intentio ipso jure vorhanden war, folglich die condemnatio ipso jure erfolgen mußte. Condemnirte nun der judex dessenungeachtet nicht, weil ihm durch den Prätor befohlen wor-

den, nur unter der Bedingung zu condemniren, wenn nicht ein ihm bestimmt bezeichneter, auf aequitas beruhender, Umstand vorhanden seyn würde, so kann man die exceptio eine Bedingung nennen, welche den Beklagten von der Verurtheilung losmachte, entweder ganz (damnatione eximitur), oder zum Theil (damnatio minuitur), wie z. B. die exceptio quod facere possit, oder wenn durch ein pactum nur ein Theil der Schuld erlassen worden.

## §. 21.

Der Begriff, wie Ulpianus und Paulus solchen geben, ist also nicht zu weit, er ist im Gegentheile zu enge, indem die meisten exceptiones dilatoriae darin keinen Raum finden. Denn wie kann man z. B. von der exceptio quod praejudicium (hereditati) non fiat sagen, daß sie das, was in die intentio oder condemnatio deducirt worden, also das dare facere oportere, und dare facere condemnari ausschließe, oder daß sie den Beklagten von der Verurtheilung eximire? Wenn der judex untersuchte, ob einem künftigen Prozesse durch den, welcher jetzt geführt werden sollte, präjudicirt werde, so kam das dare facere oportere nicht zur Untersuchung und nicht zur Sprache, folglich auch nicht das condemnare, sondern fand der judex die exceptio gegründet, so verweigerte er das judicium. Da nun jene Juristen die dilatorischen Einreden unbedingt als exceptiones anerkennen, so läßt sich nicht wohl annehmen, daß sie bei Aufstellung des Begriffes von exceptio mit Bedacht die dilatorischen Einreden als uneigentliche exceptiones von ihrem Begriffe haben ausschließen wollen; wahrscheinlicher ist, es werde ihnen entgangen seyn, daß

ihr Begriff auf einige dilatorische exceptiones nicht passe. Nimmt man die dilatorischen Exzeptionen in den Begriff von exceptio auf, so war exceptio das prätorische Rechtsmittel, dessen sich der Beklagte zu vorübergehendem oder dauerndem Schutze gegen eine Klage bediente.

In diesem Begriffe finden auch diejenigen Exzeptionen Raum, welche gegen Rechtsmittel gegeben wurden, die nicht aus dem jus civile, sondern aus der Jurisdiction des Prätors zustanden. Als solche exceptiones gegen ein prätorisches Rechtsmittel stellen sich zuerst die replicationes dar, welche exceptiones contra exceptiones sind, wie Paulus und Ulpianus ausdrücklich [18]) sagen. Sie lassen sich aber, wie alle exceptiones gegen actiones praetoriae und gegen prätorische Institute, (wie z. B. die Interdicte und procuratores), dadurch erklären, daß dem judex, (außer in den bonae fidei judiciis, wo daher auch keine Exzeptionen gegeben wurden), die freie Berücksichtigung der Billigkeit gänzlich entzogen war, und sich dieser genau an das halten mußte, was das jus civile, und der ausdrückliche Befehl des Prätors bestimmte.

### §. 22.

Der Unterschied der exceptio von der defensio war in dieser Periode ganz derselbe, wie in der vorigen Periode [19]); wie würde sonst die Frage, ob eine obligatio ipso jure nulla sey, oder ob eine exceptio dagegen ge-

---

18) Fr. 2. §. 1. Fr. 22. §. 1. D. de except. (44. 1.)

19) Die Erklärung einiger scheinbar widersprechender Stellen siehe oben §. 10.

geben werden müsse, so häufig aufgeworfen, und mit solcher Genauigkeit entschieden worden seyn, wenn nicht ein wichtiger praktischer Unterschied obgewaltet hätte. Dieser Unterschied war nun theils ein prozessualischer, theils ein materieller. Der prozessualische Unterschied bestand darin, daß der judex jeden Umstand, welcher das Daseyn einer obligatio ipso jure verhindert, oder ipso jure vernichtet hatte, auf welche Weise immer er Kenntniß davon erhielt, berücksichtigte, während er einen Umstand, der nur ope exceptionis eine obligatio unwirksam machen konnte, nur dann berücksichtigen durfte, wenn der Prätor diesen Umstand in die Formel gesetzt hatte, daß also der Beklagte hier den Schutz des Prätors anrufen mußte, während er im ersten Falle schon durch das Recht geschützt war [20]). Der materielle Unterschied hingegen war dieser, daß da, wo dem Kläger eine civilrechtliche defensio entgegengesetzt wurde, gar keine obligatio existirte, daß aber da, wo ihm eine exceptio entgegenstand, eine obligatio vorhanden war, und nur nicht auf dem Wege der Klage geltend gemacht werden konnte. Daraus erklären sich alle Ver-

---

[20]) Thibaut (Pand. R. §. 203.) scheint nur diesen prozessualischen Unterschied anzunehmen. — Ebenso Donellus Comment. jur. civ. lib. XVI. cap. 22. nro. 1. — Beide berufen sich auf Fr. 112. D. de. R. J. — Ferner Vinnius (siehe oben §. 10. not. 19.) und Sintenis p. 179., welche glauben, durch die exceptio werde die obligatio aufgehoben. — Auch Heffter Institut. des Civilprozesses p. 95. 96. nimmt eine ganz gleiche Wirkung der Exzeptionen mit den Defensionen, welche eine Aufhebung des Klagerechtes ipso jure bewirken, an.

schiedenheiten dieser beiden Vertheidigungsarten. Einige Beispiele mögen genügen [21]).

1) Eine obligatio ipso jure sublata konnte durch ein pactum nicht wieder hergestellt werden, wohl aber eine obligatio propter exceptionem inanis [22]). Ganz natürlich, denn im ersten Falle war keine obligatio mehr vorhanden, konnte also durch ein bloßes pactum, ja überhaupt nicht mehr hergestellt werden (resuscitari), im zweiten Falle aber war die obligatio vorhanden, konnte jedoch wegen eines Umstandes, der eine exceptio erzeugte, nicht durch eine Klage geltend gemacht werden; wurde nun dieser Umstand durch einen andern von derselben Kraft beseitiget, so erwachte die ursprüngliche Wirksamkeit der obligatio.

2) Bei der sogenannten praescriptio acquisitiva (usucapio), welche eine civilrechtliche defensio ist, ist auf Seite des Klägers gar kein Recht mehr vorhanden (obligatio ipso jure nulla); bei der sogenannten praescriptio extinctiva (praescriptio XXX vel XL annorum) hingegen hat der Kläger die obligatio und das Sachenrecht, er kann es indessen auf dem Wege der Klage nicht geltend machen; kommt er aber in den Besitz der von einem Anderen präscribirten Sache [23]), oder bezahlt ihm der Schuldner, welcher die praescriptio

---

21) Leistenii (Praes. Hebero) diss. de eo quod interest inter actionem ipso jure nullam et ope exceptionis elidendam. Vitemb. 1700 (enthalten in Zangeri aliorumque Ictorum de exceptionibus selecta. Francof. 1733. 4.)

22) Fr. 27. §. 2. D. 2. 14. (de pact.) — Fr. 66. §. 1. D. de legat. I. (31.) — Fr. 98. §. 8. D. 46. 3. (de solut.) — Donelli Comment. jur. civ. XXII. cap. 2. nro. 23.

23) c. 8. pr. C. 7. 39. (de praescr. 30. annor.)

für sich hatte, so kann er sein Eigenthumsrecht, oder seine obligatio durch Retention geltend machen.

3) Bei der Erbschaft sind die nomina ipso jure getheilt [24]); für keinen Erben ist eine obligatio vorhanden in Betreff des Erbtheiles seiner Miterben. Correi debendi hingegen sind nur ope exceptionis gegen Einklagung der ganzen Schuld geschützt [25]); zahlt einer derselben mehr, als ihn für seinen Theil trifft, so kann er es nicht zurückfordern, denn es besteht die obligatio für die ganze Schuld; ist sein Mitschuldner zahlungsunfähig, so muß er die ganze Schuld bezahlen.

Diese Beispiele reichen hin, den bedeutenden Unterschied darzuthun, welcher zwischen der exceptio und der civilrechtlichen defensio statt fand.

## Viertes Kapitel.

### Exceptio seit Aufhebung des Formular-Prozesses.

#### §. 23.

Im vorigen Kapitel wurde gezeigt, wie von den großen Juristen, deren Reihe Modestin schloß, das alte nationale Recht der römischen Bürger als Grundlage

---

24) c. 6. C. 3. 36. (fam. ercisc.)

25) Fr. 26. 28. D. 46. 1. (de fidejuss.)

des römischen Rechtes betrachtet wurde, das durch den praetor und den princeps nur in seiner praktischen Anwendung beschränkt werden, aber selbst weder willkührlich aufgehoben, noch erweitert werden konnte. Dadurch, daß alle neuen Rechtssätze in Beziehung zu diesem unveränderlichen Elemente gesetzt waren, ward Einheit im römischen Rechte erhalten, und allzugroße Willkühr ausgeschlossen.

Auf diese Zeit consequenten Fortbauens auf der Grundlage des alten Rechtes folgte eine Zeit, in welcher dieses Recht durch inconsequente willkührliche Aenderungen in seiner Grundlage angegriffen und entstellt wurde. Die Kaiser beschränkten sich nicht mehr darauf, durch leges aus einem Rechtsgeschäfte die actio zu verweigern, und allenfalls eine condictio indebiti zu gewähren, sondern jeder von einer lex mißbilligte Contract sollte als rechtlich gar nicht vorhanden (pro infecto), als null und nichtig angesehen werden, was Theodos und Valentinian nachdrücklichst einschärfen, und auf alle alten Gesetze zurückbezogen haben wollen [1]). Wie sehr widerspricht es dem Geiste der alten Jurisprudenz, wenn Justinian ausspricht, die praescriptiones sollten einem Minderjährigen ipso jure nicht laufen; oder, die Compensationen

---

[1]) c. 5. C. 1. 14. (de legib. et constit.): „Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus; . . . ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur: licet legislator fieri prohibuerit tantum.“ Dat. 439.

sollten überall ipso jure eintreten [2])! Glaubt man nun aber, es wären alle Folgen eingetreten, welche eine solche Veränderung consequenterweise hätte nach sich ziehen müssen, so täuscht man sich sehr. Ungeachtet z. B. jetzt alles, was einem gesetzlichen Verbote zuwider war, schon ipso jure nichtig seyn sollte, gab man doch Exzeptionen dagegen, man behielt inconsequenter Weise die alten exceptiones S. C. Macedoniani, Vellejani, Trebelliani etc. bei, obgleich sich obige Verordnung auf diese Senatus consulta zurückbezog. Jetzt erst kann man sie civilrechtliche Exzeptionen nennen, eine Benennung, welche vom Verfalle der alten Jurisprudenz Zeugniß gibt.

Man ist versucht zu glauben, die verschiedenen Elemente des römischen Rechtes, das jus gentium, für die Römer im jus honorarium ausgebildet, und das jus civile müßten in der späteren Kaiserzeit fast ganz verschmolzen worden seyn, besonders nachdem seit Justinian die Peregrinen die Civität erhalten hatten. Dieses ist jedoch der Fall nicht; man sprach auch jetzt noch von jus civile, ipso jure, jus honorarium, jus naturale, strictum jus, bona fides, aequitas. Es ist nicht denkbar, daß bei genauer Unterscheidung dieser Ausdrücke gar kein praktischer Unterschied mehr stattgefunden habe. Aber gerade die Beibehaltung alter Ausdrücke, denen häufig ein anderer Begriff untergelegt wurde, und veralteter Unterschiede zeugt von der Schwäche der späteren Kaiserzeit, welche nichts Selbstständiges, den jetzigen Verhältnissen Anpassendes, schaffen konnte, und nur aus diesem Grunde an längst Veraltetem und nicht mehr

---

2) Siehe unten §. 26. Note 25. 26.

Verstandenem hing. Die Untersuchung, ob und welche Veränderungen das geänderte Prozeßverfahren im Institute der Exzeptionen zur Folge hatte, ist Vorwurf der folgenden Paragraphen.

§. 24.

In Folge des häufigen Gebrauches ein und derselben Formel, in Folge der beständigen Wiederholung derselben Exzeptionen, und der häufigen und immer gewährten Restitutionsgesuche gegen eine versäumte exceptionis postulatio mochte es im dritten Jahrhunderte unserer Zeitrechnung geschehen, daß der judex häufig Umstände berücksichtigte, wegen deren sich der Beklagte vom Prätor eine exceptio zu erbitten unterlassen hatte, und gegen welches Versäumniß er sich hätte restituiren lassen sollen. Zwar wäre diese Restitution vom Prätor meistentheils nicht verweigert worden, aber dennoch mochte der Kläger häufig über die Willkühr des judex Beschwerde erheben, und allerdings durch eingerissene Willkühr untüchtiger judices Rechtsverfolgung und Rechtsschutz unsicher geworden seyn. Aus solcher Veranlassung wohl verordneten gegen Ende des dritten Jahrhundertes die Kaiser Diocletian und Maximinian, es sollten die praesides (provinciae) künftig selbst vollständig die Prozesse untersuchen und entscheiden, und nur bei großem Andrange von Geschäften ermächtiget seyn, judices zu geben [3]). So wurden die judicia extraordinaria zur

---

[3]) c. 2. C. de pedan. jud. (3. 3.) Diocletianus et Maximinianus: „Placet nobis, praesides de his causis, in quibus, quod ipsi non po sent cognoscere, ante hac pedaneos judices dabant, notionis suae examen

Regel erhoben, welchen Ausdruck auch die Justinian. Institutionen in dieser Beziehung gebrauchen [4]. In den judiciis extraordinariis konnte aber, wie Paulus ausdrücklich lehrt, keine Formel gefaßt werden [5], denn diese hatte nur hinsichtlich des judex in seiner ursprünglichen Competenz Bedeutung. Durch obige Verordnung wird also indirekt der Formularprozeß als Regel aufgehoben. Aber selbst dann, wenn judices gegeben wurden, geschah keine formulae conceptio mehr. Denn die nunmehrigen judices waren von den früheren ganz verschieden. Ihnen waren gewöhnlich nur die geringeren Prozesse angewiesen [6], und es ward ihnen der ganze Prozeß ohne Instruction übertragen, delegirt [7]; sie

---

adhibere: ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judices dandi habeant potestatem." Dat. 294. — c. 2. C. 1. 39. (de off. praetor.) Valent. et Mart.: „Tres praetores ... praecipimus ordinari: qui competentes causas et debitos actus integre disceptare atque tractare debebunt." Dat. 450.

4) §. 8. Inst. 4. 15. (de interd.): „nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse etc." — pr. Inst. 3. 13. (de success. subl.): „quae tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant, sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est," etc.

5) Fr. 47. §. 1. D. 3. 5. (de negot. gest.): „quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est."

6) c. 5. C. 3. 3. (de pedan. jud.): „Pedanei judices (hoc est qui negotia humiliora disceptant) etc.

7) C. 3. C. eod.: „Judicibus insinuetur, ut delegata sibi negotia lata sententia terminent." — Goldschmidt p. 21—23.

wurden nicht mehr vom Prätor oder den Parteien gewählt, sondern es waren dem Prätor bestimmte Männer als dazu tüchtig vom princeps bezeichnet.

Von Constantins Söhnen haben wir wirklich eine Verordnung, wornach das Sylbenstechen, und Formelwesen mit der Wurzel ausgerottet werden sollte [8]. Erst Theodos und Valentinian schafften die actionis impetratio ab, aus dem Grunde, weil eine angemessene Darstellung des Streitgegenstandes hinreiche [9]. Aber selbst noch in Justinians Institutionen finden wir Spuren alter Formeln, jedoch auf andere Weise gebraucht [10]. Letztere Constitution veranlaßte Einige [11], anzunehmen, erst durch Theodos und Valent. seyen die Formeln abgeschafft worden. Aber die c. 1. C. de form. subl. ist nicht erst gegen die formula im Prozesse gerichtet, sondern überhaupt gegen alle juris formulae in Rechtsgeschäften; und die bis Theodos bestandene actionis impetratio hängt nicht wesentlich mit der formula zusammen, sondern konnte auch nach deren Abschaffung noch fortbestehen [12].

---

[8]) c. 1. C. 2. 58. (de form. et impetr. act. subl.) Constant. „Juris formulae aucupatione sillabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur.“ Dat. 342.

[9]) c. 2. C. eod. Theod. et Valent.: „Nulli prorsus non impetratae actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.“ Dat. 428.

[10]) §. 14. Inst. 4. 6. (de action.) fures etiam hac actione teneantur, si appareat eos dare oportere.

[11]) Noodt de jurisdict. et imper. I. cap. 15.

[12]) Zur Annahme Heffters (Inst. des Civilpr. p. 82. 83.), daß die alten Formeln zwar nicht als Instruction, aber im=

## §. 25.

Durch das Hiwegfallen der formula, und dadurch, daß alle Prozeßhandlungen vor einem Richter, — sey es dem praetor und praeses selbst oder einem delegirten judex, — vorgenommen wurden, war rücksichtlich der Exzeptionen gar keine Veränderung nothwendig gemacht worden [13]). Jedoch bedurfte es keiner Restitution mehr, wenn eine exceptio erst nach der litis contestatio vorgebracht wurde [14]). Selbst der Zeitpunkt der litis contestatio blieb derselbe, wie zur Zeit der formula. Dort war lis contestata, wenn die Formel niedergeschrieben war, d. h. wenn der Kläger seine actio edirt, und der Beklagte dessen intentio widersprochen (non oportet, res mea est), oder um eine exceptio gebeten und das judicium acceptirt hatte. Jetzt gab der Kläger eine narratio negotii [15]), über welche nach Verlauf einer ge=

---

merhin zur Normirung des judicium auch nach Diocletian noch concipirt und den Akten einverleibt worden, berechtigen also die beiden zuletzt angeführten Constitutionen nicht.

[13]) Goldschmidt p. 25.

[14]) c. 8. C. de except. (8. 36.) Dioclet. et Max. — c. 2. C. sent. rescind. (7. 50.) Iidem. — Boehmer jus eccl. prot. Lib. II. cap. 25. §. 8. — Heffter Inst. des Civilproz. p. 97. 98. — Dagegen sind Gudelinus de jure uoviss. Lib. IV. cap. 3. und Vinnius ad §. 11. Inst. de except. nro. 5., welche den in den allegirten Stellen gebrauchten Ausdruck omissae auf das Verschieben des Beweises beziehen.

[15]) c. 3. C. de edendo (2. 1.): „Edita actio speciem futurae litis demonstrat.“

wissen Zeit [16]) der Beklagte seine Erklärung abgeben mußte. Hatte er dem Anspruche widersprochen, so war lis contestata [17]). Die Erklärung des Beklagten war aber jetzt nicht mehr ein bloßes Widersprechen der intentio (dare facere oportere, rem A. Ai esse) durch non oportet, res mea est, sondern sie war eine Erklärung über die in der narratio enthaltenen facta, und bestand [18]) entweder in gänzlichem oder theilweisem Läugnen, oder in der Anführung eines Umstandes, welcher dieses factum für den Beklagten unschädlich machte. Dieser Umstand war nun entweder ein solcher, welcher den

---

[16]) Nov. 53. cap. 3.

[17]) Justinian c. 14. §. 1. C. 3. 1. (de judiciis.) Die patroni sollen schwören, cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam. — Idem c. 2. C. 2. 59. (de jurjur. propt. cal.) non aliter neque actorem neque fugientem in primordio litis exercere certamina nisi post narrationem et responsionem. — Sever. et Antonin (?) c. unica C. de L. C. (3. 9.) Inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire coeperit. Dat. 201. Offenbar verräth sich in dieser Stelle die interpolirende Hand der Compilatoren. Vergl. Keller üb. L. C. u. Urtheil p. 12. Denselben Verdacht erregt c. 1. C. 1. 26. (de offic. praefect.) Libellus praefecto praetorio datus pro litis contestatione haberi non potest, welche schon Alexander sub Dat. 231. zugeschrieben wird.

[18]) Die LC. bestand also nicht in der bloßen contradictio („nego narrata"), sondern enthielt auch die Exzeptionen. — Gudelinus de jure novissimo 1661 lib. IV. cap. de L. C. — Schweppe Rgesch. §. 580.

Beklagten ipso jure von dem Anspruche befreite, oder ein solcher, welcher nach dem jus honorarium dem Anspruche entgegentrat. Der letztere Umstand befreite entweder von dem Anspruche für immer, oder verschob dessen Geltendmachung, bis der Kläger ein Hinderniß beseitiget hatte. Die Benennung dieser verschiedenen Arten von Vertheidigungsmitteln macht folgendes Schema anschaulich:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Infi-ciatio. | | Gänzliches oder theilweises Läugnen des Klagefactums. | Infi-ciatio. | |
| Allegatio. | Defensio (im w. Sinn.) | Anführung eines Umstandes, welcher den Beklagten ipso jure schützt, weil entweder aus dem Klagefactum ipso jure keine obligatio entstanden, oder weil die entstandene obligatio ipso jure getilgt ist. | Def. (im eng. S.) | Allegatio. |
| | | Anführung eines Umstandes, welcher den Beklagten aequitatis ratione nach dem jus honorarium von dem Anspruche befreit. | Exceptio. | |
| | Exceptio dilatoria. | Anführung eines Umstandes, welcher nach dem jus honorarium bewirkt, daß der Kläger die Geltendmachung seines Anspruches verschieben muß, bis entweder ein gewisser Mangel in der Art der Geltendmachung gehoben, oder bis eine gewisse Zeit oder Bedingung eingetreten ist. | | |

§. 26.

Der Begriff von exceptio änderte sich also im neuesten römischen Rechte nicht [19]), so wenig sich das Verhältniß des jus civile zum jus honorarium, des strictum jus zur aequitas, der judicia stricti juris zu den judicia bonae fidei im Ganzen änderte; und daß der Unterschied zwischen exceptio und der civilrechtlichen defensio nicht blos in den Worten noch beibehalten worden, sondern daß auch der materielle Unterschied geblieben sey, ergiebt sich aus folgenden Umständen:

1) Justinian hat in seinen Institutionen rücksichtlich der Lehre von den Exzeptionen die Darstellung des Gajus mit unwesentlichen Veränderungen aufgenommen [20]), und

---

[19]) Zimmern Rgesch. Bd. III. §. 91. — Schweppe Rgesch. §§. 168. 258. 577. dagegen glaubt, im neuesten Rechte hätte es nur noch den weitesten Begriff von exceptio für Einrede überhaupt gegeben, und es sey die Wirkung ope exceptionis der ipso jure praktisch ganz gleich gestanden. — Sintenis l. c. p. 163. nimmt dieses schon für die klassische Zeit an, indem er behauptet, es seyen schon damals im weitern Sinne die infitiationes unter den Exzeptionen begriffen worden. — Ebenso Spengel üb. L. C. u. Einred. §. 25. — Heffter Instit. des Civilproz. p. 96. sagt, der Unterschied zwischen exceptio und civilrechtlicher defensio sey in prozessualischer Hinsicht keineswegs völlig gleichgültig geworden, ob er gleich nicht mehr scharf hervortrete.

[20]) Tit. Inst. de except. (4. 13.) — Zimmern III. 91. hält das Weglassen des jus civile aus dem Begriffe von exceptio, welchen Gajus gab, in den Justinian. Institutionen für eine zeitgemäße Abänderung. Sie mag jedoch nur zufällig seyn, denn die Justin. Instit. sagen nur mit anderen Worten ganz dasselbe, was Gajus vorträgt.

lehrt durch viele Beispiele, daß durch die exceptiones der Beklagte gegen das jus civile (ipsum jus) aus Billigkeit geschützt werde. In §. 6. Inst. IV. 13. (de except.) heißt es: „Haec exempli causa retulisse sufficiat. Alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariae sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris intelligi potest." Hieraus läßt sich ersehen, daß die exceptiones nicht die Wirkung der civilrechtlichen defensio erhalten haben, sondern daß dem Beklagten, wenn er sich schützen wollte, gerade exceptiones nothwendig waren.

2) Wenn zu Justinians Zeit der materielle Unterschied zwischen der civilrechtlichen defensio und der exceptio verwischt gewesen wäre, so wäre den Compilatoren ein unendliches Feld zu Interpolationen offen gestanden, und wir würden in den Pandekten unzähligemal bei einer civilrechtlichen defensio das Wort exceptio und excipere finden. Aber weder in den Digesten, noch selbst im Codex, oder in den Institutionen wird sich auch nur eine Stelle finden lassen, wo der Ausdruck exceptio, praescriptio, excipere in einem Falle gebraucht wäre, wo von einer civilrechtlichen Aufhebung der obligatio oder von einer civilrechtlichen defensio die Rede ist.

3) Häufig findet sich noch die Unterscheidung zwischen dem jus civile und dem jus honorarium [21]).

4) Selbst die actiones stricti juris und bonae

---

[21]) Diocl. et Max. c. 8. C. ad exhib. (3. 42.) — Denselben Unterschied machen viele Institutionenstellen.

fidei finden wir genau unterschieden [22]. In den Institutionen sind die letzteren namentlich aufgezählt, und Justinian fand sich bewogen, auch die hereditatis petitio für eine actio bonae fidei zu erklären [23]. — Statt der rei uxoriae actio, welche eine bonae fidei actio war, substituirte Justinian [24] die actio ex stipulatu, und erklärte dabei, er wisse wohl, daß dieses eine actio stricti juris sey, er wolle aber, daß sie, insoferne sie die dotis exactio betreffe, als bonae fidei actio behandelt werde.

5) Justinian verordnet [25], daß die zehn- resp. zwanzigjährige titulirte bonae fidei possessio (d. i. die alte usucapio) zur Vindication berechtige, daß aber der dominus einer durch dreißigjährige malae fidei possessio präscribirten Sache, wenn er zufällig in deren Besitz käme, die retentio ausüben dürfe. Im ersten Falle hatte nämlich der Präscribirende eine civilrechtliche defensio, d. h. der frühere dominus hatte sein dominium ipso jure verloren; im zweiten Falle hatte der Präscribirende nur eine exceptio, d. h. der dominus hatte noch

---

22) Diocletian spricht bei der exceptio immer von der bona fides, welche bei solchen Contracten besonders zu beobachten sey. c. 5. C. 4. 44. (de resc. vend.): contrarium esse dolum bonae fidei, quae in hujusmodi maxime contractibus exigitur. — c. 7. C. 4. 50. (si quis alteri emerit.): „Secundum bonam fidem, quae in hujusmodi contractibus observari solet."

23) c. 12. C. 3. 31. (de her. pet.) — §. 28. Inst. 4. 6. (de action.)

24) c. unica §. 2. C. 5. 13. (de rei uxor. act.) — §. 29. Inst. 4. 6. (de action.)

25) c. 8. pr. u. §. 1. C. de praescr. 30. ann. (7. 39.)

die proprietas, konnte sie aber nur durch eine Klage nicht geltend machen.

6) Justinian bestimmt ferner, die compensatio habe künftig bei allen actiones ipso jure einzutreten [26]); die praescriptiones sollten künftig den Minderjährigen ipso jure nicht laufen [27]). Letzteres hatte die praktische Folge, daß der Minderjährige nicht restituirt zu werden brauchte [28]).

Bedarf es weiterer Beweise zur Widerlegung der Meinung derjenigen, welche dafürhalten, zu Justinians Zeit sey kein praktischer Unterschied zwischen actiones stricti juris und actiones bonae fidei, zwischen exceptio und civilrechtlicher defensio bestanden? Exceptio war also auch zu Justinians Zeit das dem Beklagten nach dem jus honorarium zustehende Rechtsmittel zu vorübergehendem oder dauerndem Schutze gegen eine Klage, und der Unterschied zwischen der exceptio und der civilrechtlichen defensio war demnach noch immer der, welcher sich daraus ergab, daß hier gar keine obligatio vorhanden war, dort aber eine vorhandene obligatio nur nicht durch eine Klage geltend gemacht werden konnte. Konnte der nur civiliter Obligirte das aus Irrthum Gezahlte zurückfordern, so war dieses nicht Wirkung der ihm zustehenden exceptio, sondern diese condictio hatte

---

26) c. 14. pr. (de compens.) (4. 31.) — §. 30. Inst. 4. 6. (de action.)

27) c. 5. C. 2. 41. (in quib. caus. in int. rest.)

28) Man vergleiche Diocl. et Max. c. 4. C. 2. 41. (in quib. caus. in integr.): „frustra in integrum restitutionem desideras, quando ea, quae ab eo gesta sunt, ... ipso jure irrita sunt."

er nur aus demselben Grunde wie die exceptio, nämlich aequitatis ratione, erhalten. — Im neuesten Rechte verlor jedoch die in judicium deducirte exceptio dilatoria ihre frühere Wirkung, daß sie wegen eintretender res judicata den Beklagten für immer befreite [20]).

§. 27.

Im Vorstehenden wurde das Institut der Exceptionen von seinem Ursprunge bis in das neueste römische Recht verfolgt. Es wurde gezeigt, wie die exceptio zu eben der Zeit entstand, als neben dem formellen, consequenten, strengen jus civile ein milderes, dem natürlichen Gefühle homogenes, Element im römischen Rechte auftauchte. Die exceptio bot sich als eine Schranke dar, welche der Prätor der Wirksamkeit des jus civile zu Gunsten des milderen Elementes entgegensetzte. Es ergab sich, daß das Institut der Exceptionen aufs innigste mit dem Charakter des römischen Rechtes zusammenhing, die Wechselwirkung der verschiedenen Elemente, aus denen dieses Recht bestand, bedingte, und daß durch diese Wechselwirkung das Bestehen dieses Institutes selbst bedingt war. Als das römische Recht ausgelebt hatte, mußte nothwendiger Weise auch dieses Institutes Ende gekommen seyn. — Weil nun dennoch mit den Trümmern des römischen Rechtes auch dieses Institut in unser Recht übergegangen, dessen Charakter die Bedeutung und Tendenz der römischen exceptio ganz fremd ist, so war die große Verwirrung in dem Begriffe von exceptio nebst den daraus entstandenen schädlichen Folgen in der Praxis, eine Verwirrung, welche noch heute nicht gehoben ist, hiervon eine nothwendige Folge.

---

[20]) Hiervon oben §. 19.

# Zweiter Abschnitt.

## Begriff und Wirkungen der Exzeptionen in der deutschen Praxis.

### Erstes Kapitel.

### Exceptio im kanonischen Rechte und nach der Interpretation der Glossatoren, als den beiden Hauptquellen der deutschen Praxis.

§. 28.

Von dem Institute der Exzeptionen konnte, weil es durch den eigenthümlichen Charakter des römischen Rechtes hervorgerufen worden war, wenig mehr als der Name in ein Recht übergehen, welches dem Charakter nach von dem römischen Rechte ganz verschieden war. Kein formelles Recht hinderte den deutschen Richter, nach dem Rechtsgefühle zu sprechen. Das deutsche Recht war das Naturrecht, das heißt, Recht war das, was mit dem, jedem Menschen von der Natur eingepflanzten, Rechts=

gefühle [1]) im Einklange stand. Da sich demnach im deutschen Rechte der Gegensatz des formellen und materiellen Rechtes nicht fand, so mußte das durch diesen Gegensatz im römischen Rechte nothwendig gemachte Institut der Exzeptionen dem deutschen Rechte ganz fremd seyn. Während der Prätor dem materiellen Rechte da, wo es mit dem formellen Rechte nicht zusammentraf, aus Billigkeit mittelst der Exzeptionen nur unvollkommene Geltung verschaffen konnte, war der beklagte Deutsche, der materielles Recht für sich hatte, vollkommenen Rechtsschutzes gewiß. Hatte z. B. ein Deutscher einen, gleichviel unter welcher Form geschlossenen, Erlaßvertrag für sich, so mußte er von Rechtswegen von der ungegerechten Klage losgesprochen werden, während der Römer aus dem pactum de non petendo nur aus Billigkeit eine exceptio erhielt, welche ihn wohl gegen die Klage, nicht aber gegen jede andere Geltendmachung des dem Kläger noch zustehenden Rechtes schützte. Zwang und Betrug hinderten in Deutschland die Rechtserwerbung, während das von dem Rechtsgefühle unabhängige formelle römische Recht eine obligatio entstehen ließ, und in der Praxis nur aus Billigkeit mittelst einer exceptio die Geltendmachung verhindert wurde. Kurz alle diejenigen Umstände, welche den beklagten Römer nur ope exceptionis gegen eine Klage schützten, hatten

---

[1]) Das Rechtsgefühl ist verschieden von dem Gefühle des Rechten und Unrechten, welches mit dem Gewissen identisch ist; auch ist das Rechtsgefühl sehr verschieden von der Billigkeit, welche ihre Quelle im Mitleiden hat. — Das Rechtsgefühl ist das wahre Naturrecht, welcher Ausdruck leider durch häufigen Mißbrauch für die ungereimtesten Philosopheme dem Juristen verleidet worden ist.

im deutschen Rechte die Kraft, welche im römischen Rechte den ipso jure wirkenden Umständen zustand. Als auf dieses natürliche Recht der Deutschen das gelehrte fremde Recht seinen Einfluß auszuüben begann, und die ungelehrten Schöffen alle Einwendungen des Beklagten Exzeptionen nannten, war der Unterschied der exceptio dilatoria von der exceptio peremtoria größer als im römischen Rechte. Denn dort waren beide Arten der Vertheidigung, der civilrechtlichen defensio gegenüber, prätorische Rechtsmittel; beide wurden in die Formel aufgenommen, was bei der defensio nicht der Fall war; beide schützten den Beklagten gegen die Klage, auch wenn er nach dem jus civile verpflichtet war, also keine civilrechtliche defensio hatte. Wegen dieser Aehnlichkeit des Gegensatzes zur civilrechtlichen defensio hatte bei den Römern die alte praescriptio ebenfalls den Namen exceptio erhalten. Da nun im deutschen Rechte der Name exceptio peremtoria lauter solche Umstände bezeichnete, welche die Kraft der civilrechtlichen defensio hatten, so wurden zwei sehr verschiedene Vertheidigungsmittel mit einem Namen bezeichnet, der von den Römern nur einem dieser Vertheidigungsmittel (der alten praescriptio) wegen seiner Aehnlichkeit mit einem andern (der exceptio) gegeben worden, welches von dem bei den Deutschen exceptio genannten Vertheidigungsmittel (der römischen defensio civilis) sehr verschieden war. Der Ausdruck exceptio bezeichnete sonach im deutschen Rechte jede gerichtliche Einwendung des Beklagten. Als dem römischen Rechte größeres Studium gewidmet wurde, sah man den Irrthum ein, und trachtete, solchen der Praxis zu benehmen, indem man wieder exceptio und defensio unterschied. Ob aber jene Theoretiker nur

bei der Unterscheidung des Ausdruckes stehen blieben, oder ob auch ein praktischer Unterschied damit verknüpft war, die Erörterung dieser Frage ist Gegenstand der folgenden Untersuchung.

Da die deutschen Rechtsgelehrten weniger die Quellen des römischen Rechtes untersuchten, als vielmehr die Meinungen der Glossatoren adoptirten, und da der deutsche Prozeß sich nach dem Muster des kanonischen Gerichtsgebrauches bildete, so wird eine kurze Darstellung des kanonischen Rechtes und der Interpretation der Glossatoren hinsichtlich der Exzeptionen viel zur deutlichen und richtigen Auffassung der deutschen Praxis beitragen.

§. 29.

Was so eben von dem Charakter des deutschen Rechtes gesagt worden, gilt auch von dem Charakter des kanonischen Rechtes, der aber durch die römische Terminologie, und durch die Interpretation der Glossatoren, welche alle Eigenheiten des römischen Rechtes auch im kanonischen Rechte zu sehen glaubten, fast ganz unkenntlich gemacht ist.

Daß im kanonischen Rechte die exceptio ihre ursprüngliche Bedeutung und Tendenz verloren habe, geht theils aus dem Charakter desselben, dessen Verwandtschaft mit dem Charakter des deutschen Rechtes sich nicht verkennen läßt, theils aus folgenden Momenten hervor:

Im kanonischen Rechte hatte ein auf jedwede Weise eingegangenes pactum die Wirkung der stipulatio, es erzeugte wie diese eine actio [2]). Wer also in einem pac-

---

[2]) c. 1. 3. X. de pact. (1. 35.) — Gloss. in c. 3. C. de rer. permut. (4. 64.) — Gudelin. de jure noviss. L. III. c. 5. — Vinnius ad §. 1. Inst. de verb. obl. (3. 16.) — Thibaut Pand. §. 168.

tum einen Anspruch aufgab, hatte dieses sein Recht verloren. Obschon dem Beklagten demnach keine rechtliche Verbindlichkeit oblag, wurde dennoch sein Einwand gegen die Klage exceptio genannt. Gleiche Bewandtniß hatte es mit der exceptio doli mali, welche noch immer im Gebrauche war, obschon metus et vis die Rechtserwerbung hinderten, wie ausdrücklich gesagt ist im c. 2. X. de his quae vi (1. 40.): „quae metu et vi fiunt, de jure debent in irritum revocari;" und im c. 4. X. eod.: „quae vi metusve causa fiunt, carere debent robore firmitatis" [3]).

Im kanonischen Rechte findet sich nicht mehr der Gegensatz zwischen ipsum jus und aequitas. Der Ausdruck ipso jure kommt zwar noch vor, er ist aber nicht dem ope exceptionis, sondern dem per sententiam entgegengesetzt, also zur Bezeichnung des Unterschiedes gebraucht, ob eine Wirkung ipso facto oder erst nach richterlicher Sentenz erfolge [4]). Eben so wenig kennt das kanonische Recht den Unterschied zwischen actiones stricti juris und bonae fidei [5]). Wurden aber alle

---

[3]) So klar und allgemein diese Stellen sprechen, so sagt doch die Glosse in c. 2. X. cit., daß, ausgenommen beim „tutor, judicium, dos, sacrum, copula, votum," in allen Fällen metus und vis ipso jure eine obligatio entstehen lassen.

[4]) c. 2. Lib. VI. de praescript. (2. 13) — c. 54. §. 1. X. 1. 6. (de elect.)

[5]) Gudelinus de jure noviss. Lib. III. cap. 13. — Boehmer jus eccl. prot. L. I. t. 25. §. 2. — Dennoch führt die Glosse zum c. 6. X de except. (2. 25.) sechzehn actiones bonae fidei in Verse gebracht auf, und enthält die Bemerkung, daß die übrigen actiones stricti juris seyen.

actiones ohne Unterschied als act. bonae fidei behandelt, so mußten auch alle exceptiones ipso jure wirken; der Name exceptio wurde mithin blos aus Inconsequenz beibehalten.

Am häufigsten wird der Ausdruck exceptio von dilatorischen Einreden gebraucht, vorzüglich von Einwendungen gegen die Person des Klägers, gegen die Procuratoren und die Zeugen. Eine peremtorische Einrede wurde nicht selten praetextus genannt. Der Ausdruck praescriptio wurde aber nur für die Einrede der Verjährung gebraucht. Daß unter dem Worte exceptiones peremtoriae aber auch die civilrechtlichen Defensionen begriffen seyen, läßt sich aus c. 2. Lib. VI. de L. C. (2. 3.) schließen, wo es heißt, daß die Vorschützung einer exceptio peremtoria die litis contestatio nicht ersetze, denn hier wird unter exc. peremt. offenbar auch die civilrechtliche Defension begriffen. Nicht entgegen steht c. 1. in 6^to^ eod.: „Exceptionis peremtoriae, seu defensionis cujuslibet principalis cognitionem negotii contingentis, ante litis cont. objectus, nisi de re judicata, transacta seu finita excipiat litigator, litis contestationem non impediat nec retardet.“ Der Beisatz seu defensionis cujuslibet etc. ist nämlich erklärend, und nicht distinguirend [6]). Den allgemeinen

---

[6]) Diese Glosse weist auf den Unterschied hin, welcher in dieser Stelle zwischen exceptio und defensio gemacht werde, fügt aber bei, daß die defensio auch exceptio im weiten Sinne genannt werden könne. — Sintenis a. a. O. p. 180 läßt durch diese Stelle die exceptio peremtoria zur defensio principalis des Beklagten erheben; er bezieht nämlich principalis zu defensionis anstatt zu negotii.

Gebrauch des Wortes exceptio setzt auch die Meinung der vielen Interpreten voraus, daß unter exceptio litis finitae jede ipso jure wirkende Einwendung verstanden sey.

Auch aus dem Verhältnisse der exceptio zur litis contestatio geht hervor, daß jede Einwendung des Beklagten exceptio genannt wurde.

§. 30.

Im Justinianischen Rechte geschah die litis contestatio, indem der Kläger seinen Anspruch vortrug, und der Beklagte sich vollständig darüber erklärte, auch alle seine Einwendungen vorbrachte. Im kanonischen Rechte wurde die litis contestatio von allen Einwendungen des Beklagten getrennt, und hatte nur den Zweck, zu constatiren, daß der Beklagte sich in einen Prozeß einlassen wolle. Die Päpste adoptirten zwar die Justinianische Definition und sagten: Litis contestatio fit per petitionem in jure propositam et responsionem secutam, — c. un. X. de L. C. (2. 5.); c. 54. §. 3. X. de elect. (1. 6.), — sie verstanden aber unter responsio nur die einfachen Worte des Beklagten: nego narrata prout narrantur, et dico petita fieri non debere [7]. Die litis contestatio war also generalis [8];

---

7) Diese Formel wird angeführt von Durandus Specul. judicial. tit. de L. C. (Venet. 1518. L. I. p. 1. Fol. 211 nro. 8.) — Gudelinus de jure noviss. (1661.) Lib. IV. cap. 3. — Stryk. usus modern. Lib. V. t. 1. §. 5.; u. a.

8) Tancredus (lebte um 1250) ordo judiciarius. L. III. t. 1. — Durandus (um 1270) a. a. O. Fol. 212. nro. 3. — Petrus de Ferrariis (um 1400) praxis aurea t. IV.;

dieses erhellet auch aus der Glosse zum c. 6. X. de exc. (2. 25.): „Litis contestatio directe debet fieri per interrogationem et responsionem directam affirmando vel negando simpliciter;" die Vorschützung einer exceptio peremtoria ist nämlich eine indirecte Antwort. — Nach einigen Glossen [9]) scheint es nur eine negative L. C. gegeben zu haben, welcher Ansicht mehrere Juristen sind [10]); bedenkt man aber, daß das Unterlassen der L. C. Nichtigkeit der ganzen Verhandlung zur Folge hatte [11]), so mußte es doch wohl eine affirmative L. C. geben, wie andere Glossen [12]) ausdrücklich sagen.

Durch diese ungenügende Erklärung, welche der Beklagte in der L. C. gab, waren die interrogationes s. positiones [13]) nothwendig geworden. Der Kläger bil-

---

— Gudelinus a. a. O.; — Boehmer J. E. P. L. II. t. 5. §. 5. — Goldschmidt a. a. O. p. 33. 34. ist der Meinung, der Richter habe aus der L. C. ersehen sollen, inwieferne der Klagegrund geläugnet oder eingestanden sey.

[9]) Gloss. in c. un. C. de L. C. (3. 9.) „Narratio cum contradictione faciunt litis contestationem." — Gloss. in c. 21. X. de off. jud. del. (1. 29.): „et sic lis contestatur, si negaverit actor exceptionem."

[10]) Gudelinus l. c. L. IV. c. 3. — Vinnius praef. ad tit. Inst. de off. jud. (4. 17.) und in quaest. jur. L. I. c. 17. — Rittershusius Jus Justinian. parte IX.

[11]) c. un. X. de L. C. (2. 5.); c. 54. §. 3. X. de elect. (1. 6.): „processum irritum duximus nunciandum."

[12]) Gloss. in c. 6. X. de exc. (2. 25.) — Gloss. in c. un. X. de L. C. (2. 5.): „affirmando vel negando."

[13]) c. 6. X. de jur. cal. (2. 7.); — c. un. X. de L. C. (2. 5.); — c. 54. §. 3. X. de elect. (1. 6.); — Tancred. ordo jud. L. III. t. 3.

dete nämlich aus den in seinem Libelle asserirten Thatumständen einzelne Sätze, und legte sie dem Beklagten zu dem Ende vor, damit er sich der Reihe nach bezüglich jedes einzelnen Assertes besonders bestimmt äußere, ob er solches eingestehe, oder läugne.

Alles, was der Beklagte außer dem einfachen Gestehen oder Läugnen des vom Kläger Behaupteten vorbrachte, wurde exceptio oder defensio genannt. Exceptio war also auch das Läugnen einer Thatsache, welche zwar zum Klagegrunde gehörte, aber vom Kläger nicht als Position aufgestellt war.

## §. 31.

Die Wirkung der exceptio mußte im kanonischen Rechte eine ganz andere seyn, als die Wirkung der römischen exceptio. Die letztere schützte den Beklagten nur gegen die Geltendmachung der ipso jure bestehenden obligatio durch eine Klage. Der Kläger hingegen, welchem eine exceptio peremtoria nach kanonischem Rechte entgegengesetzt werden konnte, hatte das behauptete Recht gar nicht. Die exceptio peremtoria mußte also im kanonischen Rechte dieselbe Wirkung haben, welche im römischen Rechte die civilrechtliche defensio hatte. Sonach unterschied sich die exceptio dilatoria von der exceptio peremtoria weit mehr als im römischen Rechte, wo die erstere mit der letzteren einige Aehnlichkeit hatte, aber von der civilrechtlichen defensio sehr verschieden war.

Als etwas dem kanonischen Rechte Eigenthümliches wird betrachtet, daß einige peremtorische Exzeptionen die Litiscontestation verhinderten. Dieses war aber schon im römischen Rechte bei jeder sogleich liquiden defensio

und exceptio der Fall, wie zu ersehen ist aus Cicero orator. partit. c. 28. nr. 99.: „Atque etiam ante judicium de constituendo ipso judicio solet esse contentio, quum aut sitne actio illi qui agit, aut jamne sit, aut num jam esse desierit, . . . . quaeritur.“ Diese prozeßhindernde Wirkung gab Innocentius — c. 1. Lib. VI. de L. C. (2. 3.) — den exceptiones rei judicatae, transactae, seu finitae. Was unter den letzteren verstanden sey, darüber herrschen verschiedene Ansichten. Einige verstehen darunter die exceptio jurisjurandi, Andere die exceptio praescriptionis, wieder Andere jede ipso jure wirkende Einrede; welche dieser Ansichten die richtige sey, läßt sich nicht leicht ermitteln; die deutsche Praxis hat für die letztere Ansicht entschieden.

Der Grundsatz des römischen Rechtes, daß in der Vorschützung einer exceptio kein Geständniß der klägerischen intentio liege [14], wurde auch im kanonischen Rechte [15]) ausgesprochen. Dieser Satz ist auf juristische Gründe basirt. Es läßt sich nicht annehmen, daß derjenige, welcher sich gegen eine Klage durch eine exceptio vertheidigen will, seinem Gegner den großen Vortheil der Befreiung von der Beweislast werde einräumen wollen. Würde dieses angenommen, so würde die exceptio ein sehr unsicheres Vertheidigungsmittel seyn, indem das Mißlingen ihres Beweises dann nothwendig den Verlust des Prozesses für den Beklagten zur Folge hätte, welchen dieser vielleicht nicht erlitten haben würde, wenn er die

---

14) Fr. 9. D. de except. (44. 1.); c. 9. C. eod. (8. 36.)
15) c. 6. X. de except. (2. 25.); regula 63. Lib. VI. de R. J.

exceptio nicht vorgebracht, sondern die intentio des Klägers geläugnet hätte [16]).

§. 32.

Die Glossatoren nahmen einen engen und einen weiten Begriff von exceptio an. Exceptio im engeren Sinne, definiren sie, sey die Ausschließung einer Klage, welche ipso jure zustehe; exceptio im weiteren Sinne ist nach ihrer Ansicht die Ausschließung einer ipso jure nicht zustehenden Klage. Jene nennen sie, als gegen die Klage gerichtet, exceptio actionis, und diese, als gegen die intentio gerichtet, exceptio intentionis. Auch geben sie dieser aus dem Grunde, weil der Kläger ohne alles Recht klage, den Namen exceptio facti, und setzen ihr in dem Falle, wo der Kläger das jus civile für sich hat, die exceptio juris entgegen [17]). Die exceptio facti, bemerken sie häufig, werde nur uneigentlich exceptio genannt, man könne sie jedoch im weiteren Sinne so nennen, weil sie zwar nicht die Klage, welche schon ipso jure nicht zustehe, ausschließe, wohl aber, weil sie den Kläger zurücktreibe [18]). Diese Eintheilung in exceptiones actionis s. juris und ex-

---

[16]) Spengel üb. L. C. u. Einreden 1827. §. 21.

[17]) Gloss. in c. 40. C. de transact. (2. 4.): „Hic solummodo agere potuit de facto, quia nulla actio de jure ei competebat.“

[18]) Gloss. in c. 1. Lib. VI. de L. C. (2. 3.): „Defensiones, quae ipso jure actiones tollunt, ut solutio, acceptilatio, non proprie dicuntur exceptiones, cum non excludant actionem, quia nulla est ibi actio; large exceptiones dicuntur, quia excludunt agentem.“

ceptiones intentionis s. facti findet sich in sehr vielen Glossen [19]); selten findet sich der Ausdruck exceptio solutionis [20]).

Die Definitionen, welche die Glossatoren von exceptio geben, sind folgende: Gloss. in Fr. 9. D. de exc. (44. 1.) „Ponitur nomen exceptionis pro qualibet defensione contra intentionem.“ — Gloss. in c. un. Clem. de exc. (2. 20.): „Exceptio est rei defensio per quam ipse reus se defendit et tuetur ab actore.“ — Gloss. in c. 54. in f. X. de elect. (1. 6.), und c. 16. X. de judic. (2. 1.): „Exceptio est actio-

19) Gloss. in Fr. 2. D. de exc. (44. 1.): „Quae intentio vel ipso jure tenet, et tunc dicitur exceptio actionis, vel ipso jure non tenet, et tunc dicitur exceptio intentionis.“ — Gloss. in Fr. 43. D. de R. J.: „Quid si non exceptionem juris opposuisti, sed facti: negans te ipso jure teneri: vel quia nunquam debuisti, vel quia solvisti? Praeterea exceptio facti exceptio est, ut Fr. 2. D. de exc.“ — Gloss. in Fr. 44. in f. D. de O. et A. (44. 7.): „Sed ibi est exceptio facti non actionis.“ — Gloss. in c. 40. C. de transact. (2. 4.): „Triplex est commodum rei, sc. restitutio datorum, poena, et exceptio facti, non juris, quia actio sublata est.“ — Gloss. in Fr. 27. §. 7. D. de pact. (2. 14.): „Dic ergo opponetur exceptio intentionis non juris.“ — Gloss. in Fr. 1. §. 5. D. de exc. rei vend. (21. 3.) v. haec exceptio: „sc. intentionis, non actionis, quia nullam habet.“ — Gloss. in Fr. 18. D. de eviction. (21. 2.): „Cum habebat conventus solam exceptionem, et forte illam tantum facti sive intentionis, vel etiam juris.“

20) Gloss. in c. 9. C. de exc. (8. 36.) — Gloss. in c. 4. 10. C. de non num. pec. (4. 30).

nis exclusio, ut peremtoria, sive judicis, sive actoris repulsio, sicut sunt dilatoriae." — Wie sehr diese Definitionen von der wahren Definition der römischen exceptio abweichen, bedarf keiner weiteren Auseinandersetzung. Selbst mehrere Glossatoren sahen dieses ein, und hielten sich an den engen Begriff der römischen exceptio, wie in der Glosse zum pr. Inst. de exc. (4. 13.): „Exceptiones sunt arma reorum: et aequitate nituntur ad excludendum actiones, quae competunt actori ipso jure." — Gloss. in Fr. 44. §. 2. D. de O. et A. (44. 7.): „Unde ipso jure peti non potest: sic non est necessaria exceptio." — Gloss. in c. 1. C. de exc. (8. 36.) v. exceptione: „Imo videtur, quod ipso jure sit tutus." — Gloss. in c. 5. C. de pactis (2. 3.) — Gloss. in c. 10. C. de jur. ignor. (1. 18.): „Unde non dicitur habere actionem legatarius, sic ergo nec heres exceptionem." Am Rande steht: „Exceptionem non habet is, adversus quem nulla est actio." — Die in den letzteren Glossen ausgesprochene richtige Ansicht fand jedoch in der Praxis keinen Eingang. Die Eigenthümlichkeiten des römischen Rechtes, die mit dessen eigenthümlichem Charakter zusammenhängenden Institute, das Verhältniß des jus civile zur aequitas, der Unterschied zwischen strictum jus und bona fides, zwischen naturalis und civilis obligatio, zwischen defensio und exceptio ließen sich wohl vom Katheder lehren, aber diese Unterscheidungen waren dem Charakter des Rechtes der Glossatorenzeit ganz fremd; die größten Theils ungelehrten Praktiker verstanden dieselben nicht, und wenn sie diese Unterschiede begriffen, adoptirten sie blos die Benennungen, ohne die verschiedenen praktischen Folgen daraus hervorgehen zu lassen, und ließen die

Sache selbst bestehen, wie sie sich im Laufe der Zeit zwar verbildet, aber dem veränderten Charakter der Zeit gemäß verändert hatte. „Die Glossatoren hatten also," um Savignys Worte [21]) zu gebrauchen, „keinesweges die Absicht, die Praxis ihrer Zeit darzustellen, sondern sie traten als buchgelehrte Reformatoren auf, und ihrer gewonnenen besseren Ansicht sollte sich die Praxis fügen. Man kann sagen, daß aus diesem Bestreben der Glossatoren der Gegensatz zwischen Theorie und Praxis hervorgegangen ist."

---

## Zweites Kapitel.

### Die Exzeptionen in der deutschen Praxis vom Anfange des sechzehnten bis in die Mitte des siebenzehnten Jahrhundertes.

---

§. 33.

Für den hier behandelten Gegenstand römischen Ursprunges wäre es ein unfruchtbares Bemühen, auf das ursprüngliche rein deutsche Recht zurückzugehen; es genügt, auf dasjenige zu verweisen, was oben (§. 28.) über den Charakter des deutschen Rechtes im Allgemeinen bemerkt wurde. Wir verfolgen das Schicksal der Exzeptionen von der Zeit an, wo das römische Recht in

---

21) Savigny Röm. Rechtsgesch. im Mittelalter Bd. V. p. 201.

Deutschland schon feste Wurzeln geschlagen hatte, nämlich von der Errichtung des Reichs-Kammergerichtes bis zu dem für den deutschen Prozeß so einflußreichen jüngsten Reichsabschiede vom Jahre 1654, mit welchem eine neue Periode beginnt. Das römische Recht war nicht rein, wie es in der Justinianischen Quellensammlung aufbewahrt ist, nach Deutschland gekommen, sondern mit den durch den kanonischen Gerichtsgebrauch und durch die Interpretation der Glossatoren und Scholastiker erhaltenen Modifikationen. Da von diesen Modifikationen, soweit sie das Institut der Exzeptionen betreffen, schon oben (§. 29 — 32.) gehandelt wurde, so sind hier nur die Belege dafür zu liefern, daß sich die deutsche Praxis auch in diesem Institute ganz an den Gerichtsgebrauch in Italien und an die Interpretation der Glossatoren und Scholastiker gehalten habe, was schon daraus erhellet, daß die früheren Reichsgesetze sich sehr häufig auf dieselben berufen.

Die Litiscontestation war, wie im kanonischen Rechte, nur eine generelle, und hieß Verfahung Rechtens, Antwort, Kriegsbefestigung. — Laienspiegel [1]) tit. von Antwurten und Verfahung rechtens (Blatt 77.): „Nachdem ....., so werden „die Partheien zum rechten verfangen, das man zu Latin heißt litem contestirt, also das der geladen und beklagt schuldig ist, die klag zu verantwurten, „mit jehen oder laugnen. — Forma des beklagten antwurt: Herr Richter vor euch erscheint N. und „sagt auf N. klag, das er derselben nit gesten-

---

[1]) Die hier benützte Ausgabe von Ulrich Tenglers Laienspiegel ist vom Jahre 1538.

„dig, wie sie fürgewendet, sey in Hoffnung, das sie „zu recht genug nimmer mög bewiesen, begerend, ihn „davon zu absolviren." — Gobler [2]) sagt: „So „aber der Beklagte keine Außzüge hat, ist er alsdann „schuldig, auf einkommene Klag durch Ja oder Nein, „ob er dieselbigen gestehe oder nicht, zu antworten, und „dardurch wirt und ist alsdann der Krieg befestiget." — K. G. O. v. 1555. III. 13. §. 4. — Concept v. 1614. III. 15. §. 4: „In Sachen N. N. contra N. bin ich „der Klag nicht geständig, bitte mich von derselben mit „Abtrag, Kosten und Schaden zu erledigen. — Mit „diesen Worten soll der Krieg befestiget zu seyn gehal- „ten und verstanden werden."

Diese ungenügende Erklärung, welche der Beklagte in der Litiscontestation gab, machte, wie im kanonischen Rechte, Positionen und Responsionen nöthig. Der Kläger wiederholte nämlich seine artikulirte Klage, und der Beklagte mußte auf jeden Punkt seine Erklärung abgeben, ob er denselben gestehe oder verneine, und dieses geschah nur durch die Worte: glaub oder nicht glaub. — Laienspiegel tit. von Position (Bl. 77. b.) — K. G. O. v. 1521 t. 19. §. 8. — „Nach „befestigung des kriegs soll der Kläger seine Artikel wie- „derholen, auf welche der Beklagt von stücken zu stücken „mit den Worten glaub oder nicht glaub schrifftlich ant- „worten, und die peremtorie oder endlich Einreden, ob „sie hievor nit fürgewendt waren, Defension oder an- „dere behelff auch artikelsweiß anzubringen schuldig seyn „soll." — K. G. O. v. 1555. III. 15. §. 4. — Concept v. 1614. III. 18. pr.

---

[2]) Gerichtl. Prozeß. Frkf. 1576. Blatt II. a.

§. 34.

Alles was der Beklagte außer der Litiscontestation und den Responsionen, welche beide nur in einfachem Bejahen oder Verneinen bestanden, vorbrachte, wurde Exzeption genannt. Daß exceptio diesen weiten Begriff hatte, geht hervor:

1) aus ihren deutschen Benennungen, wie Ausflucht, Einwendung, Ausrede, Einrede, Gegenrede, Widerrede, Einwurf, Schutzwehr, Auszug, Ablehnung oder Ausschließung der Klage, Behelf, Fürwand, Schutzrede, Vertheidigung, Vorschützung, Ausnehmung u. s. w. [3]).

2) Der Laienspiegel erwähnt der Eintheilung in exceptio juris und facti nicht, er nennt jede Einwendung des Beklagten exceptio.

Von des Beklagten einreden und exzeption (Blatt 72. a.): „Er mag alsdann seyn einreden „und exzeption wider den richter, den klager, oder sei„nen anwalt, und die klag fürwenden." — Unter dem Titel: von andern gemainen exzeptionen (Bl. 74.) führt er als Beispiele an: die exceptiones non numeratae pecuniae, novationis, delegationis, acceptilationis, transactionis, solutionis, liberationis, S. C. Vellej., excussionis, divisionis. — Gobler [4]) gibt folgende Definition: „Exceptio, Außzug, ist, so einer „sich gegen eines andern klagen, odder sonst fürbringen, „etlicher außrede, außflucht und behelff, dasselbig dar„durch abzuleynen gebraucht."

---

[3]) Herman Einleit. zu den exceptionib. Jena 1733. im Vorberichte nro. 2.

[4]) Gerichtl. Prozeß. Frkf. 1576. Blatt VI. b.

3) Die ganze Vertheidigungshandlung des Beklagten wird durch alle Reichsgesetze hindurch in „verneinen und exzipiren," oder „antworten (worunter immer nur einfaches Gestehen oder einfaches Verneinen verstanden wurde) und exzipiren" eingetheilt [5]).

Der Beklagte mußte seine exzeptivische Nothdurft, wie man das Vorschützen von Exzeptionen nannte, wie der Kläger seine Klage artikelsweise einbringen [6]). Wollte man nun genau sprechen, so unterschied man die articulos defensionales, und peremtoriales oder elisivos, und gebrauchte die beiden letzten Ausdrücke nur von solchen Einwendungen, welche die Geltendmachung eines ipso jure bestehenden Anspruches verhindern sollten, nannte aber defensionales solche Einreden, welche zeigten, daß gar kein Anspruch entstanden, oder der Anspruch ipso jure erloschen war [7]). Gewöhnlich wurde aber dieser Unterschied nicht beobachtet, sondern bald dieser, bald jener Ausdruck für alle Einwendungen genommen, welche merita causae betrafen. — K. G. O. v. 1521. t. 19. §. 8.: „Der Beklagte soll auf die Artikel „antworten, und die peremtorie oder endtlich Einreden, „ob sie hievor nit fürgewendt waren, Defension, oder „andere behelff einbringen." — R. A. v. 1570. §. 89.: „und dann seine peremtorial- oder Defensionalartikul."

---

5) R. A. v. 1500. XII. §. 8. — K. G. O. v. 1507. t. 5. §. 7. — K. G. O. v. 1523. t. 3. §. 4. — K. G. O. v. 1555. III. t. 26. 29. — R. A. v. 1570. §. 89. — R. A. v. 1594. §. 59. — Concept v. 1614. III. t. 28 — 32.

6) K. G. O. v. 1521. t. 19. §. 8.

7) Blumen. processus cameralis. Colon. 1738. tit. 68. nro. 15 — 17.

R. A. v. 1594. §. 59. — Conc. v. 1614. III. t. 31.: „Und so der Antworter also seine Exceptional- oder „Defensional-Articul vorbracht.“

Mehrere Theoretiker, besonders die französischen und belgischen, wollen den ächten römischen Begriff von exceptio aufstellen, wie Hugo Donellus [8]): „Exceptio est defensio rei, quae actioni alioqui jure constitutae opposita hanc ipsam aequitatis ratione excludit.“ ebenso Gudelinus [9]) und Vinnius [10]). Da aber dieser Begriff dem Charakter des damaligen Rechtes fremd war, so fand er keinen Eingang in der Praxis. Cujacius [11]) sah das Unpraktische dieses Begriffes ein, und gab in seiner Definition: „Exceptio est intentio sive defensio ejus, quocum agitur, actioni contraria; vel allegatio competens reo.“ der Praxis nach. Zanger [12]) aber stellt den Begriff des Doneau als eigentlichen, den des Cujas als weiteren Begriff auf: „Proprie accipitur exceptio pro ea defensione, quae actionem jure civili subsistentem excludit. Generaliter tamen est defensio, qua certis et justis ex causis auxilium reo tribuitur adversus intentionem actoris;“ und war hierin Wesenbeck gefolgt.

---

[8]) Donelli Comment. jur. civ. L. XVI. c. 22. nro. 1.; L. XXII. c. 1. nro. 2.

[9]) Gudelinus de jure noviss. L. III. c. 15.

[10]) Vinnius praef. ad tit. Inst. de except.

[11]) Cujacii Paratitla in Dig. lib. XLIV. t. 1.; (de except.)

[12]) Zanger de exceptionibus I. cap. 3., in Bezug auf welchen Carpzov sagt, daß er über die Exzeptionen nicht ausführlich handeln wolle, weil dieses eine Ilias post Homerum schreiben hieße.

§. 35.

Schon oben (§. 28.) wurde angeführt, daß in Deutschland exceptio und defensio, obgleich dieser Wortunterschied häufig gemacht wurde, gleiche Wirkungen haben mußten. Die exceptio stand nicht mehr aus bloßen Billigkeitsgründen zu, sondern sie machte eben so, wie eine defensio, vom Anspruche frei. Ein Gläubiger, welchem die exceptio pacti de non petendo entgegenstand, hatte eben so wenig ein Klagerecht, als ein Gläubiger, welcher schon befriediget worden war. Jede exceptio hob also nicht mehr, wie bei den Römern, nur die Wirksamkeit der Klage, sondern das Recht selbst auf, und diese Wirkung hatte nicht die exceptio, d. h. die Einrede, sondern der Umstand, aus welchem die exceptio, die Einrede, zustand. Diese Wirkung ist das Moment, wodurch sich die peremtorischen Einreden von den dilatorischen Einreden unterscheiden. Denn letztere zeigen weder, daß das behauptete Recht gar nie entstanden, noch daß es wieder aufgehoben worden, sondern, das Daseyn des Rechtes nicht berührend, verhindern sie nur dessen Geltendmachung, bis ein Mangel hinsichtlich derselben gehoben ist. — Von der Regel, daß alle peremtorischen Einreden nun das Recht des Klägers aufheben, gibt es einige wenige Ausnahmen. Solche sind die exceptio quod facere possit, die exceptio S. C. Macedoniani, die exceptio praescriptionis XXX vel plur. annorum. Von diesen heißt es in dem Justinianischen Gesetzbuche ausdrücklich, das Recht des Klägers bestehe bei voller Kraft und es werde nur die klageweise Geltendmachung durch die exceptio verhindert, der Gläubiger dürfe also das von seinem Schuldner, welcher die Com-

petenz hat, oder filius familias ist, freiwillig erhaltene Geld zurückbehalten, obgleich er an der Einklagung durch die exceptio hätte verhindert werden können; so dürfe auch der Eigenthümer einer Sache, welche er wegen der praescriptio longissimi temporis von einem malae fidei possessor nicht hätte vindiciren können, sein Eigenthumsrecht geltend machen, wenn er auf irgend eine erlaubte Weise in den Besitz der Sache gekommen sey. Die unvollkommene Wirkung dieser Exzeptionen war im römischen Rechte keine Ausnahme, sondern jede exceptio verhinderte nur die klageweise Geltendmachung des bestehenden Rechtes. Die Glossatoren und späteren Interpreten des römischen Rechtes hatten diese Ansicht nicht, sondern, sich auf Paulus mißverstandenen Ausspruch stützend: nihil interest ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, lehrten sie: exceptio peremtoria jus perimit, und hielten dafür, daß die unvollkommenen Wirkungen der exceptiones competentiae, S. C. Macedoniani, und praescriptionis auf besondere Vorschriften gegründet seyen.

Sollte man es denken, daß jetzt noch ein Unterschied bestand zwischen der römischen exceptio (nun exceptio actionis s. juris) und der civilrechtlichen defensio (nun exceptio intentionis s. facti)? Dieser Unterschied wurde darein gesetzt, daß letztere die litis contestatio verhindere [13]), weil man unter der exceptio litis finitae,

---

[13]) Maranta de ordine judicior. vulgo: speculum aureum. Venet. 1557. part. 6. membr. 9. nro. 6. pag. 124. — Oldendorp. enchirid. exception. forens. Francof. 1600. Fol. 14. nro. 11. — Gobler gerichtl. Prozeß. Frkf. 1567. Blatt XCII. b. — Chursächs. Prozeßord. tit. 11. §. 7.

welcher im kanonischen Rechte diese Wirkung beigelegt war, die exceptio intentionis sive facti verstand, ohne daß man einsah, daß zwischen dieser und der exceptio actionis sive juris gar kein innerer Unterschied mehr bestand.

## Drittes Kapitel.

### Die Exzeptionen seit dem jüngsten Reichs-Abschiede.

§. 36.

Dem jüngsten Reichsabschiede im Jahre 1654 war es vorbehalten, einen großen Theil des Formen- und Formelwesens im Prozesse zu entfernen, und den Parteien rücksichtlich ihrer Vorträge freieren Spielraum zu gestatten; hauptsächlich aber die Abkürzung der Prozesse wird dem jüngsten Reichsabschiede verdankt. Für die Exzeptionen ist eine Stelle desselben von besonderer Wichtigkeit, nicht wegen desjenigen, was sie enthält, sondern aus dem Grunde, weil sie gerade dadurch, daß sie mißverstanden wurde, Veranlassung gegeben hat, den Weg zu finden, auf welchem man zu einer richtigen Theorie über die Exzeptionen gelangen kann. — Der J. R. A. §. 37. ordnet nämlich folgendes an:

„Der Citirte und Beklagte soll in primo termino „auff die Klagen mit hinfüriger Verwerff- und Abschnei-„dung deß Wegs der Peremtorialien, Elisiv-, Additio-„nal- und anderer waserley Articulen, . . . kurz nervosè

„und deutlich, auch unterschiedlich und klar, ob und „worin das factum anderst, als vom Kläger vorbracht, „und wie es sich eigentlich verhalte, specificè, und auf „jeden Punkten mit allen seinen Umständen anzeigen, „wie auch, was er dabei dilatoriè oder peremtoriè ein= „zuwenden haben möchte, alles auff einmahl, bei Straff „der Praeclusion einbringen."

In dieser Stelle glauben die neuesten Rechtsgelehr= ten, sey ausgesprochen: Die Litiscontestation solle darin bestehen, daß der Beklagte sich über die Wahrheit der zur Entstehung des Klagerechtes nöthigen, obgleich nicht angeführten, Thatsachen erkläre; neben dieser Erklärung solle der Beklagte seine peremtorischen Einreden, nach ihrer Meinung, solche selbstständige Behauptungen vor= bringen, welche das Klagerecht als wieder aufgehoben darstellen. — Daß dieses im §. 37. cit. durchaus nicht gesagt sey, geht theils aus den Schriften der Praktiker des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhundertes hervor, welche ganz die alten Ansichten über die Exzeptionen ha= ben, — theils läßt es sich aus der Wortfügung bewei= sen, welche zur Zeit der Abfassung des jüngsten Reichs= abschiedes im Gebrauche war.

Der jüngste Reichsabschied schaffte im §. 37. das artikulirte Verfahren außer dem Beweisstadium ab, adop= tirte aus dem R. A. v. 1570. §. 89. 90, und dem R. A. v. 1594. §. 63. die Eventualmaxime, und ordnete statt der bisherigen generellen Litiscontestation die spezielle an. Diese sollte aber nicht blos die ehemaligen Respon= sionen durch wahr oder nicht wahr, glaub oder nicht glaub, sondern auch die Defensionalien in sich enthalten. Der Beklagte sollte nämlich sich umständlich über das Klagefactum erklären, nicht blos sagen, daß

es sich nicht so, wie es der Kläger erzählt, verhalte, sondern auch angeben, wie es sich eigentlich verhalte. Diese umständliche Darstellung war aber nicht möglich, ohne daß es dem Beklagten erlaubt war, seine Exceptionen der Erzählung einzumischen. Dieses erlaubt der J. R. A. nicht blos, sondern er fordert es bei Strafe der Präclusion. Während also vor dem J. R. A. die verschiedenen Bestandtheile der Antwort des Beklagten nicht blos in der Art des Vorbringens, sondern auch in der Zeit des Vorbringens genau unterschieden waren, hebt der J. R. A. sowohl den Unterschied der Zeit, als auch der Art des Vorbringens auf, indem er, um eine zusammenhängende natürliche Antwort zu bezwecken, die verschiedenen Bestandtheile derselben vermengt.

Der Name Litiscontestation kommt im J. R. A. gar nicht vor; die ganze Antwort des Beklagten ist mit folgenden Worten bezeichnet: Hauptsächliche Handlung §§. 38—40; Exceptiones §. 78; Exceptionsschrift §. 49; gewöhnlicher aber durch die Ausdrücke: Antwort und hauptsächliche Handlung §. 46; Antwort und hauptsächliche Gegenhandlung §. 70; Antwort und Gegenhandlung §. 46; Eventualhandlung und Antwort §. 70; Exceptiones und hauptsächliche Gegenhandlung §§. 45, 47; Exceptionsschrift und hauptsächliche Gegenhandlung §. 48. — Diese Ausdrücke sind nicht als Distinctionen [1]), sondern als Synonymen anzusehen, wie ja der

[1]) Irriger Meinung ist Goldschmidt p. 61. 62., welcher sagt, die Antwort des Beklagten lasse der J. R. A. in zwei Theile zerfallen, in die hauptsächliche Gegenhandlung und in die Exceptionsschrift. Exceptional- und hauptsächliche Gegenhandlung seyen sich als wahre Antithesen entgegengesetzt.

J. R. A. auch sonst [2]) an Tautologien sehr reich ist. Unter hauptsächlicher Gegenhandlung versteht der J. R. A. also jede Aeußerung des Beklagten, welche merita causae betrifft [3]), nicht aber die dilatorischen Einreden. Hat der Beklagte dergleichen, so geschieht die hauptsächliche Gegenhandlung nur eventualiter.

---

[2]) So heißt es z. B. §. 57: des Klägers Replik und Gegenschrift; — §. 56: der Antworter soll seine Einrede, Exzeption und Auszug einbringen; — §. 81: Wenn der Beklagte seine Exzeptiones und Einrede vorbracht; — §. 45: Der Beklagte soll excipiendo, und mit seiner Gegenhandlung verfahren. Darauf soll der Kläger repliciren, und gleichfalls seine Nothdurft vorbringen.

[3]) Kreittmaier Annot. ad Cod. bav. jud. C. VI. §. 1. lit. a. b.: „Die litis contestatio ist der actus, wodurch die Klage in der Hauptsache beantwortet wird. Eben darin distinguirt sich litis contestatio von der dilatorischen Antwort. Wenn ich also incompetentiam fori vorschütze, so kann diese Antwort nicht für die Kriegsbefestigung aufgenommen werden, weil sie nicht die Hauptsache selbst berührt." — Hanzely Reichshofraths-Praxis §. 586 .... „Es ergiebt sich von selbst, daß der Begriff der Kriegsbefestigung nur auf die zerstörlichen Einreden passe. — Blumen processus cameralis. Colon. 1738. tit. 71. nr. 7. „Litis contestatio aut est directa aut indirecta; nam excipiens intentionem actoris indirecte negat." — Derselbe in seinen Remissiones zum Concept der K. G. O. von 1614. III. 12. §. 1. „Quod attinet ad exceptiones merita causae concernentes, hae, abrogato antiquo modo respondendi ad libellum articulatum, atque insuper cassatis articulis defensionalibus seu peremtorialibus, hodie sic concipiendae, ut reus libello respondens breviter, ... an et in quo Factum aliter quam ab actore narratum et quomodo comparatum sit, specifice atque ad quemlibet punctum cum omnibus circumstantiis ostendat."

Viele Praktiker [4]) lassen aber die Litiscontestation noch ferner in der Antwort durch Ja und Nein auf jeden Punkt des Klaglibelles bestehen.

## §. 37.

Was den Begriff der Exzeptionen oder Einreden betrifft, so bestimmen ihn fast alle Praktiker des siebenzehnten und achtzehnten Jahrhundertes dahin, Einreden seyen Rechtsmittel zur Vertheidigung gegen die Klage [5]), und unterscheiden dann, nach dem Beispiele der Glossatoren, die Einreden des Rechtes und die Einreden der Thathandlung oder der Geschichte, indem sie unter letzteren (exc. facti seu intentionis) solche Einwendungen verstehen, welche zeigen, daß das Recht des Klägers

---

[4]) Estor gem. Reichsprozeß. Gieß. 1744. §. 185. — Hoffmann teutsche Reichspraxis. Frankf. 1765. §. 327. „Antwort durch Ja und Nein ohne Anhang." — Schaumburg prax. judiciar. Jen. 1794. cap. V. nr. 1.

[5]) Z. B. Brunnemann process. fori. cap. VII. nr. 1. — Blumen process. cameralis. tit. 69. nr. 3. — Boehmer jus eccl. prot. II. 25. §. 2. — Hermann Einleitung zu den Exceptionibus; im Vorberichte nr. 2. — Berger oeconomia juris IV. tit. 18. nr. 1. — Hellfeld jurispr. forens. §. 1879. — Hanzely Reichshofrathspraxis §. 575. — Schaumburg praxis judiciar. Jen. 1794. p. 121. — Mößler System von Klagen und Einreden 1794. Bd. I. c. 21. §. 17., schreibt die Eintheilung in exc. juris und facti den im römischen Rechte vorkommenden stoischen Grundsätzen zu.

Einige weichen von der Mehrzahl darin ab, daß sie unter exc. juris solche verstehen, die unmittelbar aus einem Gesetze zustehen, und die übrigen exc. facti nennen. Z. B. Hoffmann teutsche Reichspraxis §. 371.

schon ipso jure nicht vorhanden sey, Einreden des Rechtes aber solche nennen, welche gegen eine an sich statthafte Klage gerichtet seyen. Diese völlig unpraktische Eintheilung hatte aber niemals in den Gerichten Eingang gefunden; in der Praxis selbst galt vielmehr außer den einfachen Verneinungen der vom Kläger angeführten Thatsachen jedes Vorbringen des Beklagten als eine Einrede [6]). — Gang und gebe [7]) waren die Ausdrücke: exceptio non competentis actionis, exc. non existentis conditionis, exc. deficientis interesse, exc. non adimpleti contractus, exc. deficientis legitimationis, exc. non numeratae pecuniae, exc. deficientis fundamenti actionis etc. „Unstreitig sind," — sagt selbst noch Danz [8]), — „diese verneinenden Einreden zu den wahren Schutzreden zu zählen, weil sie im Grunde doch eine Behauptung oder Anführung enthalten; sie unterscheiden sich nur durch die Beweisauflage von den übrigen Einreden." Die sogenannten exceptiones negativae wälzten nämlich, wie man sich auszudrücken pflegte, gegen die Regel, daß dem Exzipienten der Beweis obliege, den Beweis auf den Kläger.

Aufzügliche oder verzögerliche Einrede nannte man jedes Vorbringen des Beklagten, welches die Befriedigung des Klägers oder die Beantwortung der Klage in der Hauptsache hinausschob, und es wurden diesen dila-

---

6) Wehrn Lehre von den gerichtl. Einwend. §. 3. — Danz ord. Prozeß. §. 157. 158. — Schmidt Lehrb. von Klagen und Einred. §. 118. 124.

7) Hellfeld l. c. §. 1885. — Wehrn a. a. O. §. 43. — Schaumburg l. c. pag. 134.

8) Danz a. a. O. §. 155.

torischen Einreden nunmehr alle sogleich liquiden peremtorischen Einreden prozessualisch gleichgesetzt [9]).

## §. 38.

Mit dem Beginne des neunzehnten Jahrhundertes suchte man den Begriff von Einrede mehr mit der Theorie von der Beweislast in Einklang zu bringen, man verwies die Verneinungen solcher Thatsachen, welche zwar vom Kläger nicht angeführt worden, aber zum Klagegrunde gehören, aus dem Gebiete der Einreden in das der verneinenden Streitseinlassung, und man läßt jetzt als Einreden, — mit der Wirkung, daß sie, selbst wenn sie in einer Negative bestehen, vom Beklagten bewiesen werden müssen, — fast allgemein nur solche selbstständige Behauptungen gelten, welche, unerachtet die den Klagegrund bildenden Momente in Wahrheit bestehen sollten, den Beklagten vom Anspruche des Klägers befreien. — Da indessen der Ausdruck Klagegrund in verschiedenem Sinne gebraucht wird, so bleibt es fast immer zweifelhaft, was diejenigen, welche sich blos auf die Aufstellung dieses Begriffes von Einrede beschränken, darunter subsumirt haben wollen [10]).

---

9) Brunnemann l. c. cap. XVI. nr. 5. — Blumen l. c. tit. 69. nr. 24. 29. — Stryk usus modernus. L. 44. t. 1. §. 7. — Boehmer J. E. P. II. 25. §. 9—12. — Wehrn a. a. O. §. 5. 6. — Mößler a. a. O. Bd. I. c. 21. §. 10.

10) Wenn z. B. Goldschmidt (über L. E. u. Einred. 1812. pag. 15. u. 64.) sagt, der Begriff von Einrede sey durch alle Perioden der Rechtsgeschichte unerschütterlich festgestanden, und ihn dahin bestimmt: „Einrede ist das Vorbringen des Beklagten, wodurch er die Klage abgesehen von der Wahrheit der sie begründenden Thatumstände, zerstören will,“

Wer, wie Gönner [11]), den Ausdruck Klagegrund im Sinne Weber's [12]) versteht, subsumirt, unbekümmert darum, ob die Römer eine Behauptung exceptio nannten oder nicht, unter den Begriff von Einreden sowohl solche Behauptungen, wodurch das entstandene Klagerecht als wiederaufgehoben dargestellt wird, als auch solche, welche zeigen, daß die Entstehung des Klagerechtes verhindert wurde.

Diejenigen Rechtsgelehrten hingegen, welche den vieldeutigen Ausdruck Klagegrund vermeiden, haben in ihren Begriffsbestimmungen ganz divergente Richtungen genommen, indem Borst, Bayer und Andere [13]) ihren Begriff von Einrede lediglich auf diejenigen Umstände beschränken, welche ein schon entstandenes Klagerecht wieder aufheben, Grolman, Reinhard und

---

bleibt es da nicht zweifelhaft, ob der Aufsteller dieses Begriffes die Behauptungen des Irrthums, der Zahlung u. drgl. heutzutage als Einreden, was sie im rein römischen Rechte nicht waren, gelten lasse oder nicht?

11) Gönner's Handb. des Civilpr. Bd. II. Abh. 30. nr. 6. „oder 3, der Beklagte führt neue vom Factum der Klage (wie es, um eine Klage daraus abzuleiten, erzählt werden mußte) verschiedene Umstände an, um sein Recht, wenn auch die Klage gegründet wäre, darzuthun, also hiedurch das Klagerecht zu zerstören. (Peremtorische Einrede.)" — Damit scheint auch übereinzustimmen Thibaut System des Pandekt. R. §. 71. 1138.

12) Weber Verbindl. zur Beweisführ. VI. 18.

13) Borst üb. Beweislast. 1816. §. 7. — Bayer's Vorträge üb. ord. Civilpr. 1828. S. 254—256. — Spengel üb. L. E. u. Einred. 1827. §. 30.

Sintenis dagegen [14]) einen Begriff aufstellen, welcher (ohne daß dieses beabsichtiget zu seyn scheint) gerade diese Umstände ausschließt. — Sintenis gibt nämlich folgende Definition: „Einreden sind Vertheidigungsmittel des Beklagten, vermöge deren er vermittelst auf eigenthümliche Behauptung besonderer Rechtsverhältnisse in Bezug auf das in Frage stehende Rechtsgeschäft gebauter rechtlichen Folgerungen, die allgemeinen, auf den concreten Fall angewendeten, Wirkungen der klägerischen Behauptungen und Folgerungen entweder in ihrer Anwendbarkeit bestreitet und ausschließt, oder hinausschiebt und von besonderen Umständen abhängig macht." — Eben so Grolman: „Einreden sind die Behauptung eigenthümlicher Verhältnisse, welche die im Allgemeinen in allen ihren Voraussetzungen gegründete Klage hier doch im gegebenen Falle als ungegründet darstellen."— Auf ähnliche Weise sucht Reinhardt das Wesen der Einreden durch das Verhältniß einer Ausnahme zur Regel zu bestimmen.

Bethman-Hollweg [15]) verwirft die Begriffe der Neueren und erkennt die rein römischen Begriffe von den Exzeptionen auch für unser heutiges Recht für die allein richtigen an.

Bei diesen verschiedenartigen Begriffsbestimmungen und da sich in vielen Lehrbüchern [16]) zu unbestimmte,

---

[14]) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahr. 1826. §. 80. — Reinhardt Handb. des ord. Civilpr. 1823. S. 195. 217. — Sintenis in Zu-Rheins Jahrbüchern 1830. Bd. I. H. 2. pag. 230.

[15]) Bethman-Hollweg Versuche üb. einzelne Theile d. Civilpr. 1827. S. 348. 370. ff.

[16]) Mackeldey Lehrb. des heutigen röm. R. §. 200: „Ein-

deßhalb für die praktische Anwendung unsichere, Definitionen finden, muß es eben so sehr in dem Interesse der Wissenschaft als in dem der Praxis gelegen seyn, daß die Bemühungen in Aufstellung eines erschöpfenden, sicher anwendbaren, Begriffes von Einrede fortgesetzt werden, was in der folgenden zweiten Abtheilung versucht wird.

---

rede ist dasjenige Vorbringen, wodurch sich ein Beklagter gegen eine an sich statthafte Klage zu schützen sucht." — Wening-Ingenheim's Lehrb. des gem. Civil.-R. Bch. I. §. 53: „Einrede ist das Vorbringen eines bestimmten selbstständigen Factums, welches dem rechtlichen Anspruche des Klägers unmittelbar entgegensteht und denselben aufhebt." — Mühlenbruch Doctrina Pandect. 1827. §. 151: „Exceptiones sunt allegationes actioni contrariae, quae eo nituntur, quod licet justa per se sit atque veritate fundata actoris intentio, tamen aut iniqua sit adversus eum cum quo agitur, aut alia quadam ex causa actionis initium et velut fundamentum plane non attingente removeatur elidaturque." — In Martin's Lehrb. d. bürg. Proz. findet sich ein Begriff von Einrede nicht.

# Zweite Abtheilung.

## Wahrer Begriff der Exzeptionen nach dem heutigen gemeinen Rechte.

### §. 39.

Die Geschichte der Exzeptionen hat gezeigt, daß diese Vertheidigungsmittel des Beklagten im römischen Rechte ihren Ursprung haben, daß sie, mit dem römischen Rechte nach Deutschland gekommen, hier ihre ursprüngliche Bedeutung und Tendenz verlieren mußten, und der Name exceptio jeder Einwendung des Beklagten gegeben wurde, welche nicht geradezu in Verneinung der klägerischen Behauptungen bestand, daß endlich die Praxis der neuesten Zeit den Begriff der Exzeptionen mit der Beweistheorie in Einklang zu bringen suche. Geschieht dieses, so wird freilich dem heutigen Begriffe von Einrede ein ganz anderes Prinzip untergelegt, als dasjenige, auf welchem der Begriff der römischen exceptio beruhte. Wollten aber die Pandektisten, einer so wesentlichen Abweichung in diesem römischen Institute vom römischen

Rechte abhold, die römische exceptio in ihrer ursprünglichen Bedeutung und mit ihren ursprünglichen Wirkungen in der Praxis geltend zu machen suchen, so würde dieses ein großer Mißgriff seyn. Wie könnte man den heutigen Begriff von Einrede auf unterscheidende Merkmale (wie sie im römischen Rechte z. B. zwischen solutio und pactum de non petendo, zwischen error und dolus statt gefunden) bauen, wovon in unserm heutigen Rechte jede Spur verschwunden ist? Der Gegensatz der aequitas zum strictum jus (jus civile) hatte die Exzeptionen hervorgerufen, und ihre Bedeutung und ursprüngliche Tendenz seit dem siebenten Jahrhunderte römischer bis in das siebente Jahrhundert christlicher Zeitrechnung aufrecht erhalten; im kanonischen Rechte, zur Zeit der Glossatoren, im deutschen Rechte fand sich dieser Gegensatz nicht. Unser Recht besteht nicht, wie das römische, aus verschiedenen Elementen, es ist ein Ganzes, es wird in solchem dasjenige, was einmal aufrecht erhalten wird, nicht auf andere Weise wieder unwirksam gemacht; der Kläger hat entweder ein Klagerecht, oder er hat ein solches nicht. Von dem römischen Institute der Exzeptionen konnte daher mehr nicht als der Name in den deutschen Gerichtsgebrauch kommen. Der römische Begriff von exceptio muß demnach, nachdem schon die Praxis davon abgewichen, auch von der Theorie, als dem deutschen Rechte fremd und zu nachtheiligen Verwirrungen führend, ganz aufgegeben und ein anderes Prinzip angenommen werden, um zu einem passenden Begriffe zu gelangen.

Die Lehre von den Exzeptionen ist allein wegen ihres Einflusses auf die Beweislast von so großer praktischer Wichtigkeit; dem Praktiker ist es nur deshalb um

eine wissenschaftliche Aufstellung des Begriffes von Einrede zu thun, damit er die Regel, dem Exzipienten liegt der Beweis ob, mit Sicherheit anwenden könne. Soll dieser Anforderung der Praxis Genüge geleistet werden, so muß der aufzustellende Begriff von Einrede mit den Grundsätzen der Beweistheorie harmoniren, daher von einem obersten Satze ausgegangen werden, welcher den Lehren vom Beweise und von den Einreden gemeinschaftlich ist. Zu solchem Begriffe führt die Zergliederung der Klagebeantwortung in ihre verschiedenen Bestandtheile.

## §. 40.

Klage ist die gerichtliche Geltendmachung eines Rechtes unter Anführung der Thatsachen, aus welchen dasselbe mit Bezugnahme auf gesetzliche Bestimmungen abgeleitet wird. Das vom Kläger in Anspruch genommene Recht kann man Klagerecht nennen, und mit dem Worte Klagegrund den Inbegriff aller derjenigen Thatsachen bezeichnen, aus welchen der Kläger sein Klagerecht gesetzlich ableitet, die sohin zum Schlusse auf das Daseyn des Klagerechtes dergestalt berechtigen müssen, daß sie, ihre Wahrheit vorausgesetzt, zur Verurtheilung des Beklagten hinreichen.

Greift 1) der Beklagte blos diesen Schluß an, indem er behauptet, daß sich aus den angeführten Thatsachen das in Anspruch genommene Recht nicht ableiten lasse, so besteht seine Antwort blos in einer rechtlichen Gegendeduction, und es beruhet die Entscheidung lediglich auf richterlicher Reflexion.

In sofern und in soweit der Beklagte aber 2) die den Klagegrund bildenden Thatsachen widerspricht, sey es durch einfache Verneinung, oder auch durch Anführung

von Thatsachen, welche die Wahrheit des Klagegrundes ausschließen, so ist seine Antwort negative Litiscontestation, verneinende Einlassung, Widerspruch [1]) des Klagegrundes. Alsdann liegt dem Kläger der Beweis seiner Behauptungen ob, weil ein bloßes Assert keine Wirkung haben, sondern nur auf unbestrittene oder bewiesene Thatsachen ein Urtheil gebaut werden kann. Dem Beklagten steht es frei, gegen den Beweis des Klägers Gegenbeweis zu führen, welchen er auf das gerade Gegentheil der vom Kläger zu beweisenden Thatsachen (directer oder natürlicher Gegenbeweis), oder auch auf andere Thatsachen, welche die Wahrheit jener ausschließen (indirecter oder künstlicher Gegenbeweis), richten kann.

Wenn 3) die Thatsachen, aus welchen der Kläger sein Recht ableitet, nicht bestritten, oder wenn sie von ihm auf erfolgten Widerspruch bewiesen werden können, ohne daß dem Beklagten Gegenbeweis zur Seite steht, so kann der letztere seine Verurtheilung nur dadurch abwenden, daß er Thatsachen anführt, welche, der Wahrheit des Klagegrundes ungeachtet, einen Schluß auf die Nichtexistenz des Klagerechtes zulassen. Die Anführung solcher Thatsachen ist, — im Gegensatze von jenem negativen Verhalten, wodurch der Klagegrund widersprochen wird, — eine positive selbstständige Vertheidigungshandlung, sie ist Geltendmachung von Einreden. — Da bloße Assertion wirkungslos ist,

---

[1]) Der Ausdruck Widerspruch ist dem gewöhnlichen Ausdrucke Läugnen aus dem Grunde vorzuziehen, weil der letztere eigentlich voraussetzt, daß Negant von der Wahrheit der Thatsachen, welche er widerspricht, überzeugt ist.

und die Verurtheilung, welche wegen unbestrittenen oder erwiesenen Klagegrundes erfolgen würde, nicht würde abwenden können, so liegt dem Beklagten auf erfolgten Widerspruch der Beweis seiner Einreden ob.

Der hier aufgestellte Begriff von Einrede wird durch die folgenden Beispiele seine nähere Beleuchtung erhalten.

## §. 41.

Entgegnet der Beklagte, von welchem eine Sache als Depositum zurückgefordert wird, sie sey ihm als ein Geschenk gegeben worden, so widerspricht er dadurch indirekt die Thatsache der Deposition, aus welcher der Kläger sein Rückforderungsrecht ableitet; dieser muß solche mithin als seinen Klagegrund beweisen, wogegen es dem Beklagten freisteht, den Beweis der Schenkung, welcher die Wahrheit des Klagegrundes ausschließt, als indirecten, d. i. künstlichen, Gegenbeweis, zu führen. — Die Behauptungen des Beklagten aber, daß die Sache ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen sey, — daß er sie dem Kläger schon zurückgegeben, — daß dieser sie ihm späterhin geschenkt habe, — sind Einreden, denn der Beklagte widerspricht zwar dadurch das Bestehen eines Klagerechtes, nicht aber die Uebergabe der Sache zur Aufbewahrung, woraus Kläger sein Recht ableitet, er trägt also zum Zwecke der Entbindung von der Klage selbstständige, d. i. die Wahrheit des Klagegrundes weder direct noch indirect bestreitende, Behauptungen vor.

Wird auf Schadensersatz aus dem Grunde geklagt, weil der Beklagte die deponirte Sache beschädigt habe, dieser erwiedert aber, daß die Sache schon in solchem

beschädigten Zustande deponirt worden sey, so enthält diese Antwort einen theilweisen Widerspruch des Klagegrundes. Aus der Deposition nämlich, welche hier nicht bestritten ist, entspringt nur das Recht, die Sache in demselben Zustande, in welchem sie übergeben wurde, zurückzufordern. Wird daher eine Sache unbeschädigt zurückgefordert, oder, wenn sie schon zurückgegeben worden, deren Beschädigung behauptet, so bildet die Deposition in unbeschädigtem Zustande den Klagegrund, weil nur dann, wenn diese Thatsache feststeht, der Beklagte zum Schadensersatze verurtheilt werden kann. — Behauptet der Beklagte hingegen, daß er die Sache gehörig custodiret habe, (m. a. W., daß er hinsichtlich der Beschädigung nicht in culpa lata versire), ingleichen wenn er behauptet, Kläger habe ihm bei der Deposition das Gebrauchsrecht eingeräumt, und durch dessen ordentliche Ausübung sey die Sache so verschlechtert worden, so macht der Beklagte eine Einrede geltend, da er die Wahrheit des Klagegrundes, daß nämlich die Sache in unbeschädigtem Zustande zur Aufbewahrung übergeben worden sey, unbestritten läßt.

Wird eine Beschädigung außer einem in Folge Vertrages bestehenden Rechtsverhältnisse erlitten, so kann ein Klagerecht auf Schadensersatz nur aus dem dolus oder der culpa des Beschädigers abgeleitet werden, weil erst durch dolose oder culpose Beschädigung ein Rechtsverhältniß (ex delicto) entsteht; sonach ist die Entgegnung des auf Entschädigung Belangten, daß die Beschädigung aus bloßem Zufalle geschehen, hier lediglich als Widerspruch des Klagegrundes anzusehen.

Da ein Kaufpreis nur für die Uebergabe des Kaufobjektes zu Eigenthum versprochen wird, so kann aus

dem Versprechen des Kaufpreises allein ein Klagerecht auf Bezahlung desselben gegen den Käufer nicht abgeleitet werden [2]), sondern nur aus dem Versprechen und der erfolgten Tradition. Stellt also der auf Bezahlung des Kaufpreises Belangte die Tradition des Kaufobjektes in Abrede (s. g. exceptio non adimpleti contractus), so setzt er der Klage einen theilweisen Widerspruch entgegen.

Weigert sich ein Contrahent, die ihm von dem anderen angebotene Sache, die ihm dieser zu geben hatte, anzunehmen, und entgegnet, aus dem Contracte belangt, daß die Sache die vertragsmäßige Beschaffenheit nicht habe (s. g. exceptio non rite adimpleti contractus), so wird hierdurch gleichfalls die Erfüllung des Vertrages widersprochen, aus welcher der Kläger sein Klagerecht ableitet; dieser hat mithin die vertragsmäßige Beschaffenheit der Sache zu beweisen, wogegen der Beklagte die schlechte Qualität zum Gegenstande seines Gegenbeweises machen kann. — Hatte hingegen der Beklagte die Sache ohne Protestation angenommen, so leitet der Kläger sein Klagerecht ab aus dem Vertrage und aus der ohne Protestation erfolgten Acceptation, welche schließen läßt, daß die Sache dem Beklagten genehm gewesen, und die Entgegnung, daß die Annahme in der Meinung geschehen

---

2) Das Gegentheil sucht Heerwart im Arch. f. civ. Prax. Bd. VII. S. 335. u. Bd. XIV. S. 206. aus römischen Gesetzesstellen zu deduciren; er erklärt die Behauptung des Rechtes auf vorgängige Leistung durch den Kläger für eine Einrede (exc. prius adimplendi contractus), deren factischen Grund Excipient zu beweisen habe, und die Behauptung der geschehenen Vorleistung für eine vom Kläger zu beweisende Replik. (Darüber unten §. 44.)

sey, die Sache sey von der contractmäßigen Beschaffenheit, erscheint als Einrede des Irrthums [3]), die durch den Beweis der fehlerhaften Beschaffenheit der Sache von ihm künstlich bewiesen wird.

Die Einwendung, Kläger habe statt der vertragsmäßigen Leistung etwas anderes geleistet (s. g. exceptio rei non sic sed aliter gestae), z. B. in Abwesenheit des Beklagten das kleinere Studirzimmer tapezirt, während er nach dem Contracte das größere Gesellschaftszimmer habe tapeziren sollen, ist blos ein Abläugnen des Klagegrundes, weil der Beklagte hier widerspricht, daß der Vertrag so geschlossen worden sey, wie der Kläger zur Begründung seines Rechtsanspruches anführt.

## §. 42.

Die s. g. exceptio non numeratae pecuniae gegen die Rückforderung eines Darlehens ist lediglich Widerspruch des Klagegrundes, da der Kläger sein Recht auf Rückforderung nur aus der Ausbezahlung des Darlehens ableiten kann, die er sonach zu beweisen hat [4]). — Dagegen liegt, weil mehr nicht als der Darlehensempfang zur Begründung des Rückforderungsrechtes erforderlich ist, in der Berufung des Beklagten auf das S.C. Macedonianum eine Einrede, welche der Kläger seiner-

---

[3]) Borst üb. Beweislast. §. 79.

[4]) Diesen Beweis kann der Kläger durch eine Urkunde, welche jünger als zwei Jahre ist, nicht liefern. Hat er jedoch eine ältere Urkunde für sich, so bleibt dem Beklagten nichts anders übrig, als den Beweis des Nichtempfanges zu versuchen; dieser Beweis ist aber nicht Beweis einer Einrede, sondern Gegenbeweis.

seits durch eine Replik zu elidiren trachtet, wenn er eine Thatsache anführt, welche bewirkt, daß ungeachtet das Darlehen einem filius familias gegeben wurde, doch sein Klagerecht bestehe.

Die s. g. exceptio alibi enthält jedesmal einen Widerspruch des Klagegrundes, und der Beklagte kann sie zum Gegenstande des künstlichen Gegenbeweises machen, während der Kläger seinen Klagegrund beweisen muß.

Wird auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens geklagt, und wendet der Beklagte ein, er sey zu dem Versprechen durch gefährliche Drohung gezwungen worden, oder er habe sich in der Person geirret, oder er habe als Minderjähriger oder in einem abnormen Geisteszustande das Versprechen gegeben, so macht er eine Einrede geltend, weil der Kläger blos aus der unbestrittenen Thatsache des ihm gegebenen Versprechens sein Klagerecht ableitet.

Wer, wegen Verbalinjurien belangt, einwendet, er sey betrunken gewesen, stellt dadurch den animus injuriandi mithin das Klagerecht in Abrede, widerspricht aber dadurch das Ausstoßen der Schimpfworte nicht, woraus allein der Kläger sein Klagerecht ableitet, und setzt sonach der Klage eine Einrede entgegen.

Wird wegen dreijährigen Rückstandes des Canon die Privationsklage gegen den Emphyteuta gestellt, und dieser behauptet, daß er regelmäßig den Canon entrichtet habe, so erscheint diese Einwendung, welche da, wo auf Bezahlung geklagt wird, eine Einrede ist, hier als Widerspruch des Klagegrundes; denn obgleich der Eigenthümer das Recht auf Bezahlung lediglich aus dem emphyteutischen Verbande ableiten kann, so kann er doch das Recht der Privation nur mit aus dem dreijährigen

Rückstande des Canon ableiten; diesen hat er sonach als Theil seines Klagegrundes zu beweisen [5]), während dem Beklagten der Gegenbeweis der regelmäßigen Zahlung freisteht.

Macht der Erbe dem Legatar die Einwendung, er könne nicht den ganzen Betrag des Vermächtnisses fordern, weil ihm die quarta Falcidia nicht bleibe, so ist dieses eine Einrede, weil der Kläger sein Recht aus dem Vermächtnisse ableitet, welches von dem Erben nicht widersprochen ist.

Wird dem Legatar entgegnet, er könne wegen Eintrittes einer beigefügten Resolutivbedingung das Legat nicht verlangen, so stellt der Erbe dadurch nicht in Abrede, daß das Legat so, wie der Kläger sein Recht daraus ableitet, gegeben worden sey, setzt sonach eine Einrede entgegen; er muß daher sowohl die Beifügung dieser Bedingung, als auch deren Eintritt beweisen, da aus der Beifügung allein und abgesehen von ihrem Eintritte sich auf die Nichtexistenz des Klagerechtes nicht schließen läßt.

Geht die Klage auf Erfüllung einer Schenkung, der Beklagte wendet aber ein, er habe die Schenkung ausdrücklich nur auf den Fall gemacht, wenn er das große Lotterieloos gewänne, so enthält diese Antwort einen Widerspruch des Klagegrundes, es wird nämlich widersprochen, daß der Vertrag so, wie Kläger sein Klagerecht daraus ableitet, d. i. unbedingt, geschlossen worden sey. Diese Suspensivbedingung ist nicht etwa blos eine dem Vertrage angehängte Nebenbestim-

---

5) Nicht entgegen steht die lex 2. C. de jure emphyt. (4. 66.), wie Kori im Arch. f. civ. Prax. Bd. VIII. S. 97. meint.

mung, und als solche, wie Einige [6]) dafürhalten, Gegenstand einer Einrede, sie ist vielmehr ein so wesentlicher Theil des Vertrages, daß ohne deren Eintritt ein Klagerecht aus demselben gar nicht abgeleitet werden kann. Während also dem Kläger der Beweis obliegt, daß die Schenkung so, wie behauptet, d. i. unbedingt, geschehen sey, ist dem Beklagten unbenommen, die Beifügung der Suspensivbedingung zum Gegenstande des Gegenbeweises zu machen.

## §. 43.

Gemäß dem Anastasischen Gesetze kann der Cessionar mehr, als er für die Forderung gegeben hat, von dem debitor cessus nicht fordern, er erlangt auf eine höhere Summe als den Kaufpreis gar kein Klagerecht. Ob nun die Berufung auf dieses Gesetz eine Einrede oder ein Widerspruch des Klagegrundes sey, folglich der geringere Kaufpreis vom Beklagten oder die Größe des Kaufpreises vom Kläger bewiesen werden müsse, diese Frage wird von den Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet [7]). Nach dem richtigen Begriffe

---

6) Bethmann-Hollweg Versuche S. 354. — Gesterding ist dieser, früher im Archiv f. civ. Praxis. Bd. II. H. 2. S. 226. f. von ihm vertheidigten, Ansicht jetzt nicht mehr. Vgl. seine Ausbeute von Nachforsch. üb. versch. Rechtsmat. Theil II. S. 139. f.

7) Die Meisten (z. B. Borst üb. Beweislast §. 47.) erklären diese Einwendung für eine verneinende Streitseinlassung, und zwar aus dem Grunde, weil ein Klagerecht auf mehr als der Kaufpreis beträgt, gar nicht entstanden ist, dasselbe also dadurch nicht erst zerstört wird. Allein daß dieser Umstand kein Merkmal der verneinenden Streitseinlas-

von Einrede ist sie eine solche. — Gesetzt die lex Anastasiana wäre nicht vorhanden, so könnte doch ohne Zweifel ein Forderungsrecht von 1000 fl. aus den Thatsachen abgeleitet werden, daß a) der Beklagte von einem Dritten ein Darlehen von 1000 fl. erhalten hat, und b) dem Kläger von diesem Dritten die Forderung in ungetheilter Summe cedirt wurde. Diese beiden Thatsachen würden das Klagerecht vollständig begründen, m. a. W. zur Verurtheilung des Beklagten hinreichen, und der Kläger nicht nöthig haben, anzuführen, daß er die Forderung gekauft oder als Geschenk oder in solutum empfangen habe, da er sich durch die Cession selbst, nicht durch den Titel der Cession, zur Sache legitimirt, der Darlehensempfang und die Cession allein schon sein Klagerecht erzeugten. Würde nun der Beklagte entgegnen, der Kläger habe ihm versprochen, Forderungen gegen hin von Gläubigern um geringeren Preis an sich zu bringen, und dieselben nur bis zur Höhe dieses Preises gegen ihn geltend zu machen, so würde aus dieser Behauptung allein die Nichtexistenz des Klagerechtes nicht resultiren, weil ja der Kläger die Forderung um den vollen Werth an sich gebracht haben kann. Auf die theilweise Nichtexistenz des Klagerechtes ließe sich erst alsdann schließen, wenn der Beklagte zugleich behaupten

---

sung ist, wird unten §. 45. u. 46. gezeigt. — Weber (üb. Beweisführ. VI. 29.) erklärt die Berufung auf das Anastas. Gesetz für eine Einrede. Auch Bethmann-Hollweg (Versuche S. 357.) überbürdet den Beweis des Kaufes um geringeren Preis dem Beklagten, ohne ihn jedoch als Excipienten zu betrachten. — Mühlenbruch (Cession der Ford. ed. I. S. 548. f., ed. II. S. 577.) schlägt einen Mittelweg ein, der sich mehr der gemeinen Meinung anschließt.

würde, daß der Kläger die Forderung um einen geringeren und um einen wie viel geringeren Preis an sich gebracht habe. Der Beklagte hätte sonach auf erfolgten Widerspruch beide Glieder seiner Einrede zu beweisen, sowohl den Vertrag, als auch die Erwerbung um geringeren und um wie viel geringeren Kaufpreis. Nun ist es aber für den Begriff einer Einrede ganz gleichgültig, ob einem Umstande kraft eines Gesetzes oder kraft eines Vertrages, (der ja für den concreten Fall auch die Kraft eines Gesetzes hat,) rechtliche Wirkung zukommt, ob ein Klagerecht kraft eines Gesetzes oder kraft eines Vertrages nicht besteht. Das Anastasische Gesetz ersetzt obigen Vertrag und bedarf nicht, wie dieser, des Beweises, kann aber allein, gleich wie jener Vertrag, die Verurtheilung des Beklagten nicht hemmen, wenn dieser nicht zugleich behauptet und beweist, um einen wie viel geringeren Kaufpreis der Kläger die Forderung erworben habe. — Die Berufung auf die lex anastasiana erscheint sonach, da sie den Klagegrund (Darlehensempfang und Cession in ungetheilter Summe) nicht berührt, als Einrede. — Wohl aber würde die Behauptung des Beklagten, die Forderung sey dem Kläger nicht in ungetheilter Summe, sondern nur zu einem Dritttheile, zur Hälfte cedirt worden, einen theilweisen Widerspruch des Klagegrundes enthalten.

## §. 44.

Gleichwie nach dem Bisherigen Einrede und Widerspruch des Klagegrundes strenge zu scheiden sind, eben so muß die eigentliche Replik strenge von dem Widerspruche eines zur Begründung einer Einrede gehörigen Umstandes unterschieden werden. Im Falle solchen Wi-

derspruches **kann** der Kläger gegen den (Haupt-)Beweis der Einreden den Gegenbeweis führen, während er bezüglich seiner eigentlichen Repliken (Haupt-) Beweis führen **muß**. — In gleichem Verhältnisse endlich wie die Repliken zu den Einreden stehen die **Dupliken** des Beklagten zu den Repliken.

Wenn z. B. der Cessionar gegen die Einrede, daß er die Forderung um 100 fl. weniger gekauft habe, behauptet, er könne dessenungeachtet das Ganze fordern, weil die Forderung zur Zeit des Kaufes unsicher gewesen sey, so macht er eine **Replik** geltend, deren Beweis ihm obliegt; entgegnet er aber, daß ihm die Forderung geschenkt oder in solutum cedirt worden sey, so erklärt er dadurch die Einrede für unwahr, und **kann** die Schenkung oder datio in solutum zum Gegenstande des Einredengegenbeweises machen.

Wären die Einwendungen, daß der Vertrag, auf welchen die Klage gegründet wird, unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden, oder von Klägers Seite erst zu erfüllen sey, Einreden, so würde der Erwiederung, die Bedingung sey eingetreten, oder der Vertrag sey erfüllt, die Eigenschaft einer **Replik** nicht beigelegt werden können. Denn der Umstand, daß der Vertrag unter einer Suspensivbedingung geschlossen worden, oder vorerst vom Kläger zu erfüllen ist, würde nur vereint mit dem Umstande, daß die Bedingung nicht eingetroffen, daß der Vertrag vom Kläger noch nicht erfüllt sey, die Nichtexistenz des Klagerechtes zeigen; zur Begründung einer Einrede würden sonach beide Momente gehören, und es würde das Eintreffen der Suspensivbedingung oder die Vertragserfüllung von Klägers Seite nur Gegenstand des Einredengegenbeweises keineswegs Ge-

genstand einer Replik seyn, wie diejenigen dafürhalten, welche obige Einwendungen für Einreden erklären.

Entgegnet der Beklagte, der Vertrag sey mit ihm in seiner Minderjährigkeit geschlossen worden, so führt er eine Thatsache an, welche allein schon hinreicht, das Nichtbestehen des Klagerechtes zu zeigen. Setzt der Kläger dieser Einrede nun Thatsachen entgegen, aus welchen hervorgeht, daß dessenungeachtet ihm ein Klagerecht zustehe, so macht er eine Replik geltend. Eine solche ist die Behauptung, daß der curator den Vertrag gutgeheißen, oder die Behauptung, daß eine versio in rem stattgefunden habe. Würde der Beklagte auf jene Replik erwiedern, daß es ein falsus curator gewesen sey, so würde dieses keine eigentliche Duplik, sondern ein Widerspruch der Replik seyn, da nicht schon der Umstand, daß sich Jemand als curator gerirte, sondern die Thatsache, daß der wirkliche curator seinen Consens ertheilte, gegen den Minderjährigen ein Klagerecht begründet. Dem Kläger würde demnach der Beweis obliegen, daß der Curator dem Beklagten als solcher wirklich bestellt gewesen sey, und letzterem würde blos freizustellen seyn, das Gegentheil darzuthun.

## §. 45.

Wie aus den in den §§. 41—44. aneinandergereihten Beispielen zu ersehen ist, gehören also zum Bestehen eines Klagerechtes folgende drei Momente: 1) daß alle Entstehungsgründe des im concreten Falle geltend gemachten Rechtes gegeben sind, (Daseyn aller rechtserzeugenden Thatsachen); daß 2) zugleich alle die Entstehung des Klagerechtes bedingenden Thatsachen vorhanden sind, (Mangel rechtshin-

dernder Thatsachen); und daß 3) keine Umstände vorliegen, welche das Klagerecht wieder aufgehoben haben, (Mangel rechtsvernichtender Thatsachen). — Den Klagegrund bilden alle rechtserzeugenden Thatsachen. Jede rechtshindernde, so wie jede rechtsvernichtende Thatsache aber ist Gegenstand einer Einrede.

Prüft man die oben §. 38. aufgeführten Definitionen Anderer, so erhellet sogleich, daß unter den Begriff von Einrede, wie ihn Grolman, Sintenis und Reinhardt geben, die rechtsvernichtenden Umstände sich nicht subsumiren lassen, indem sich von einer Darlehensklage, welcher die geschehene Zahlung opponirt wird, doch wohl nicht sagen läßt, daß sie „zwar im Allgemeinen gegründet sey, aber durch ein eigenthümliches Verhältniß hier im gegebenen Falle ausgeschlossen werde.“ — Dieser Begriff paßt also nur auf die rechtshindernden Thatsachen, ist aber in dieser Beziehung nicht scharf und bestimmt genug.

Der von Bayer, Borst u. A. aufgestellte Begriff dagegen umfaßt nur die rechtsvernichtenden Thatsachen, indem er alle die Entstehung des Klagerechtes bedingenden Umstände ausdrücklich ausschließt. Ausgeschlossen von diesem Begriffe sind sonach z. B. die Einwendungen des Irrthumes, des Zwanges, der Minderjährigkeit, des Wahnsinnes, der Trunkenheit, der Dispositionsunfähigkeit überhaupt, und dergleichen mehr, ferner die Berufung auf das S. C. Macedonian., Vellejan., Trebell., und auf die lex Anastasiana, — denn der Beklagte stützt sich in diesen Fällen auf Thatsachen, deren Nichtdaseyn eine Bedingung der ursprünglichen Entste-

hung des Klagerechtes war [8]). Diese Einwendungen müssen daher von jenen Rechtslehrern für verneinende Einlassung erachtet werden, folglich müßten sie dem Kläger als Theil seines Klagegrundes den Beweis auflegen, daß der Beklagte die Sachverhältnisse gar wohl gewußt, daß sein Wille frei, daß er volljährig, im unbeschränkten Gebrauche seines Verstandes, nüchtern, dispositionsfähig, sui juris, gewesen sey; in welchem Falle dann dem Beklagten der Beweis des Irrthumes, Zwanges u. s. w. als Gegenbeweis freistünde. Gleichwohl erklären sie aber den Beklagten für verpflichtet, den Beweis solcher Einwendungen zu führen, ungeachtet sie dieselben nicht für Einreden halten, und suchen sich größtentheils dadurch zu helfen, daß sie den Beweis dieser rechtshindernden Thatsachen für einen (nothwendigen) Gegenbeweis erklären [9]). Bethmann=Holl=

---

[8]) Bei der Einwendung der Compensation würde sich die Sonderbarkeit ergeben, daß sie als Einrede erschiene, wenn der Kläger zuerst Gläubiger, dann Schuldner, und nicht als Einrede erschiene, wenn er zuerst Schuldner, dann Gläubiger des Beklagten geworden wäre; denn in jenem Falle ist das entstandene Klagerecht erloschen, in diesem Falle für den Kläger gar kein Klagerecht entstanden.

[9]) In Verlegenheit, Gründe für die Beweispflichtigkeit des Beklagten bei der Einrede des Zwanges zu finden, läßt Borst (üb. Beweislast §. 64.) sich auffallende Widersprüche zu Schulden kommen, indem er sagt: — „Die Zwang oder Furcht be„wirkende Thatsache bildet eine Einrede, welche bewiesen „werden muß; . . . zwar ist diese Einrede keine wahre „Einrede, weil Zwang und Furcht die Entstehung des „Rechtes verhindern; der Beweis hiefür ist darum auch kein „Vor= sondern Gegenbeweis; . . . allein jene That„sache bildet in der Wirklichkeit eine Einrede, nach

weg [10]) insbesondere, dessen aus dem römischen Rechte geschöpfter Begriff von Einrede noch enger ist, erklärt nicht nur die Thatsachen, welche (wie z. B. der Irrthum) die Entstehung des Rechtes verhindern, sondern auch diejenigen, welche (wie die Zahlung) die Aufhebung des Rechtes ipso jure zur Folge haben, für Thatsachen des directen Gegenbeweises, weil das directe Gegentheil dessen, was der Kläger behaupte und zu beweisen versuche, das Nichtdaseyn des von ihm behaupteten Rechtes, dadurch bewahrheitet werden solle.

## §. 46.

Der Gebrauch des Ausdruckes Gegenbeweis in dem so eben angeführten Sinne erweist sich aber nicht als der richtige, und kann leicht irre führen.

Die Zuständigkeit des Rechtes kann nicht Gegenstand des Beweises, folglich das Nichtdaseyn des vom Gegner behaupteten Rechtes nicht Gegenstand des Gegenbeweises seyn, aus dem Grunde, weil das Bestehen eines Rechtsverhältnisses ein Schluß aus Thatsachen ist, nur Thatsachen aber Gegenstand eines Beweises, sey er Haupt- oder Gegenbeweis, seyn können. Nicht die Existenz des Klagerechtes, nicht die Verbindlichkeit des Beklagten, sondern die Thatsachen, aus welchen auf das Daseyn des in Anspruch genommenen Rechtes

---

„welcher das aus der Willenshandlung entstehende Recht schon „im Voraus (?) vernichtet worden seyn soll. — Aber des „Beweises bedarf diese Einrede, welche dem Begriffe nach „nur Abläugnung des Klagegrundes ist, blos in „dem Falle u. s. w."

10) Versuche üb. die Theorie des Civ.-Proz. S. 350.

geschlossen werden kann, sind Gegenstand des vom Kläger zu führenden (Haupt-) Beweises; — und Gegenstand des Gegenbeweises sind nur solche Thatsachen, welche mit den vom beweispflichtigen Gegner zu beweisenden Thatsachen in directem oder indirectem Widerspruche stehen, so daß die Wahrheit der einen die Wahrheit der anderen ausschließt.

Beweist sonach der Kläger als seinen Klagegrund, daß er ein Darlehen gegeben habe, so kann sich der Beweis des Beklagten, daß er damals filius-familias gewesen, zu jenem Beweise so wenig als Gegenbeweis verhalten, als der Beweis der Zurückbezahlung, da weder diese noch jene Behauptung die Wahrheit des Darlehensempfanges ausschließt. Eben so wenig schließt der Beweis der Minderjährigkeit, des Irrthumes, des Zwanges die Wahrheit der vom Kläger zu beweisenden Thatsache z. B. eines gegebenen Versprechens aus.

Sind nun diese, die Entstehung des Rechtes hindernden, Thatsachen, wie gezeigt, Gegenstand des Gegenbeweises nicht, und dennoch, wie Bayer und Bethmann-Hollweg zugeben, vom Beklagten zu beweisen, so können sie nur Gegenstand des Hauptbeweises des Beklagten seyn. Aus welch anderem Gruude aber kann dem Beklagten ein Hauptbeweis obliegen, als gerade deswegen, weil er durch Anführung gewisser Thatsachen eine selbstständige Vertheidigungshandlung vornimmt, m. a. W. eine Einrede geltend macht? Folglich sollte, wer jenen Thatsachen die Wirkungen von Einreden zuschreibt, dieselben auch als Einreden gelten lassen, und der Begriff von Einrede, unter welchen nur solche Thatsachen fallen, welche das schon entstandene Klagerecht wieder aufgehoben haben, erweist sich als zu enge.

Unter den richtigen Begriff von Einrede fallen **alle** und **nur** diejenigen, vom Beklagten angeführten, Thatsachen, welche das Nichtdaseyn des Klagerechtes zeigen, ohne den Klagegrund, d. i. die Thatsachen, aus welchen das Klagerecht abgeleitet wird, zu widersprechen. Die Thatsachen nun, daß der Beklagte die quarta Trebell. nicht behalten würde, daß er filius-familias sey, daß er zur Schenkung gezwungen worden, daß der Kläger die Forderung um einen geringeren Kaufpreis erworben habe, diese rechtshindernden Thatsachen zeigen, daß ein Klagerecht nicht bestehe, ein solches gar nicht entstanden sey. Da indessen der Legatar, Darleiher, Donatar, Cessionar ihr Klagerecht aus der nicht in Abrede gestellten Testamentsbestimmung, dem Darlehen, der Schenkung, der Cession und keineswegs aus der Thatsache ableiten, daß dem Erben die quarta Treb. bleibe, daß der Beklagte sui juris sey, aus freiem Antriebe gehandelt, daß er, Kläger, den vollen Werth für die Forderung gegeben habe, indem diese Thatsachen wohl Bedingungen zur Entstehung des Klagerechtes, nicht aber **rechtserzeugende** Thatsachen, nicht **Entstehungsgründe** des Klagerechtes sind, also nicht den Klagegrund bilden, so fällt die Behauptung ihres Nichtdaseyns resp. die Behauptung der rechtshindernden Thatsachen des Zwanges, der Verletzung der Quart u. s. w. unter den wahren Begriff von Einrede, erscheint als selbstständige Vertheidigungshandlung mit der Wirkung der Beweispflichtigkeit des Beklagten.

§. 47.

Da, wie oben gezeigt worden, Gegenstand des Gegenbeweises für den Beklagten nur diejenigen Thatsachen

seyn können, welche einen Widerspruch des Klagegrundes, sey es direct oder indirect, enthalten, so kann der Einredenbeweis, der immer nur auf Thatsachen gerichtet seyn kann, welche die Wahrheit des Klagegrundes nicht ausschließen, niemals Gegenbeweis seyn. Sehr unpassend ist es daher, den Einredenbeweis, was so häufig geschieht, „indirecten Gegenbeweis" zu nennen [11]), — eine Benennung, welche sich von der oben widerlegten Ansicht herschreiben mag, als suche der Beklagte, gegen den vom Kläger zu führenden Beweis des Daseyns seines Rechtes, das Nichtdaseyn dieses Rechtes zu beweisen. — Darin, daß beide Benennungen als gleichbedeutend genommen zu werden pflegen, liegt vielleicht die Hauptursache der in der Lehre von den Einreden noch herrschenden Verwirrung. Denn diesem s. g. indirecten Gegenbeweise wird der eigentliche Gegenbeweis als directer entgegengesetzt, und da der directe Gegenbeweis selbst wieder in directen (natürlichen) und indirecten (künstlichen) eingetheilt wird, so gilt eine und dieselbe Benennung für zwei entgegengesetzte Begriffe. Wird nämlich eine Thatsache als Gegenstand des indirecten Gegenbeweises bezeichnet, so weiß man nicht, ob dadurch gesagt werden wolle, daß sie dem Klagegrunde indirect widerspreche, also Kläger den Hauptbeweis zu führen habe und ihr Beweis (durch ausdrücklichen Vorbehalt oder stillschweigend) dem Beklagten als indirecter, d. i. künstlicher Gegenbeweis freizustellen sey, oder ob dadurch bezeichnet werde, daß sie eine

---

[11]) Gegen die Verwechselung dieser Ausdrücke sind insbesondere Gönner Handb. d. Civilpr. Bd. II. Abhdl. 41. 42. und Mittermaier im Archiv f. civ. Pr. Bd. VI. S. 355.

Einrede sey, folglich dem Beklagten zum Beweise auferlegt werden müsse.

Aehnliche Verwirrung wie die eben widerlegte Ansicht vom indirecten Gegenbeweise erzeugt die ältere Theorie vom qualificirten Geständnisse, wornach Kläger, weil das Geständniß untheilbar sey, entweder mit dessen Annahme zugleich alle vom Beklagten dabei gemachten Modificationen und Limitationen als wahr gelten lassen, oder, gleich als wäre gar nichts zugestanden, alle Momente seines Klagegrundes zu beweisen haben soll [12]). Das Irrige dieser Theorie ist durch Weber, Gönner, Gensler u. A. [13]) erschöpfend dargethan. Weit entfernt, untheilbar zu seyn, ist die Antwort des Beklagten vielmehr zu zergliedern, und die Rechtseigenschaft ihrer einzelnen Bestandtheile genau zu prüfen. Bestehen die Limitationen aus Thatsachen, welche ungeachtet der Wahrheit des Klagegrundes die Nichtexistenz des Klagerechtes zeigen, so hat der Beklagte diese Limitationen als Einreden zu beweisen; enthalten sie aber einen directen oder indirecten Widerspruch solcher Thatsachen, welche den Klagegrund bilden, so liegt dem Kläger der Beweis dieser Thatsachen ob; in keinem Falle aber bedürfen die zugestandenen Thatsachen noch des Beweises.

Auch die Unrichtigkeit des sehr leicht zu Verwirrungen führenden Satzes, daß Niemanden der Beweis einer Negative obliege, ist nunmehr fast allgemein anerkannt. Dem Asserenten liegt der Beweis ob, nicht dem-

---

[12]) Danz Grundſ. des ord. Proz. §. 297.

[13]) Gesterding Ausbeute von Nachforsch. üb. versch. Rechtsmat. Thl. II. S. 139.

jenigen, welcher Widerspruch entgegensetzt. Afferent ist aber, wer aus dem Daseyn oder Nichtdaseyn [14]) einer Thatsache ein Klagerecht ableitet, oder, ohne dadurch den Klagegrund zu bestreiten, die Nichtexistenz des Klagerechtes folgert. — Die Eintheilung der Einreden in affirmative und negative ist sonach ohne Werth und wegen der möglichen Verwechselung [15]) mit verneinender Einlassung zu verwerfen.

So wenig verneinende Behauptungen die Beweislast auf den Gegner wälzen, eben so wenig kommt diese Wirkung den gesetzlichen Vermuthungen zu, wie häufig behauptet wurde. Sie bewirken nur, daß der Beweispflichtige statt des directen Beweises oder des Beweises durch logisch nothwendige Schlüsse seinen Beweis durch blos gesetzlich begründete [16]) Schlüsse führen kann. — Z. B. die Mutter vindicirt von den Erben ihres Mannes die Verlassenschaft ihres Sohnes, welche beide in einem Schiffbruche umgekommen sind. Sie kann ihr Recht nur daraus ableiten, daß der Sohn später als der Vater gestorben, und muß daher diese zu ihrem Klagegrunde gehörige Thatsache beweisen; das Gesetz erklärt aber diesen Beweis für geliefert, wenn sie die Mündigkeit ihres Sohnes darthut. Den Beklagten steht es frei, den Gegenbeweis des früher erfolgten Todes zu führen, und es wird ihnen dieser Gegenbeweis auferlegt, wenn sie die Mündigkeit des Sohnes nicht in Abrede gestellt haben. — Die gesetzlichen Präsumtio-

---

[14]) Weber VI. 3. — Borst §. 14. f. — Gensler im Arch. f. civ. Pr. Bd. 1. S. 267. 270.

[15]) Sieh oben §. 37.

[16]) Gensler a. a. O. pag. 32.

nen können also zwar nicht die Verrückung der Beweispflicht, immerhin aber in manchen Fällen die Anomalie einer Gegenbeweisauflage zur Folge haben.

§. 48.

Bisher wurde die Rechtseigenschaft der Klagebeantwortung, in so ferne sie eine Erklärung über das Bestehen oder Nichtbestehen des vom Kläger in Anspruch genommenen Rechtes ist, untersucht, und gezeigt, daß die Beantwortung der Klage in dieser Beziehung dreierlei Rechtseigeuschaft haben könne, indem sie nämlich entweder 1) als rechtliche Gegendeduction, oder 2) als Widerspruch des Klagegrundes, oder 3) als Einrede erscheine. In jedem dieser Fälle wird das Bestehen eines Klagerechtes widersprochen. — Die Antwort auf die Klage kann aber auch anderen Inhaltes seyn, nämlich die Aeußerung des Beklagten enthalten, daß er vor Hebung eines prozessualischen Mangels sich über das Klagerecht nicht, oder doch wenigstens nur eventuell zu erklären brauche. — Gleichwie nun die Erklärung über das Klagerecht von dreierlei Natur seyn kann, so auch die Erklärung, daß in prozessualischer Hinsicht ein Mangel obwalte; und es läßt sich zwischen den dreierlei Arten dieser und jener Erklärung, als zwischen analogen Verhältnissen, eine Parallele ziehen.

Der Beklagte stellt nämlich entweder 1), ohne vom Kläger behauptete Umstände zu widersprechen, oder neue Thatsachen anzuführen, dar, daß aus der Klage selbst ein solcher prozessualischer Mangel zu ersehen sey, wegen dessen er gar nicht, oder doch nur eventuell über das Klagerecht Rede zu stehen brauche. Solche Mängel sind z. B. Dunkelheit der Klage, Wahl unzulässiger

Prozeßart, unzulässige Klagencumulation oder Mutation, beleidigende Ausfälle, Mangel der Competenz des fori contractus, weil auf Vernichtung des Contractes geklagt werde, u. s. w. Es kommt hier nicht auf Beweis an, sondern es tritt, wie bei der rechtlichen Gegendeduction, lediglich Reflexion des Richters ein.

Oder 2) er widerspricht Thatsachen, welche, (bis eine entgegenstehende Thatsache nachgewiesen ist,) die prozessualische Zulässigkeit der Klage begründen, z. B. er widerspricht seine oder des Klägers Volljährigkeit, mithin Streitfähigkeit, er widerspricht, daß er sein Domicil in foro habe, er widerspricht, daß Kläger ad processum legitimirt sey. Diese Einwendungen stehen in Parallele mit dem Widerspruche des Klagegrundes: dem Kläger liegt der Beweis ob.

Oder 3) er führt Thatsachen an, welche zeigen, daß er nicht schuldig sey, sich auf den Streit einzulassen, (d. i. über das Klagerecht Rede zu stehen,) ungeachtet seine Einlassungsverbindlichkeit aus andern Thatsachen geschlossen werde; z. B. er behauptet den Mangel der Streitfähigkeit, weil er oder der Kläger, ungeachtet ihrer Volljährigkeit, unter Curatel stünden, oder den Mangel der Competenz, weil er zwar hier domicilire, aber von Adel sey, oder weil ein anderer Erfüllungsort als das angegangene forum contractus verabredet worden sey. Diese Einwendungen sind analog den Einreden gegen das Klagerecht und haben wie diese die Wirkung, daß der Beklagte beweisen muß.

Weit entfernt, daß man diese rechtlich verschiedenen Einwendungen durch Namen unterscheidet, welche das

eben gezeigte analoge Verhältniß [17]) andeuten, wie etwa durch die Ausdrücke: „prozessualische Gegendeduction, prozessualischer Widerspruch, prozessualische Einreden," werden sie nicht nur alle ohne Unterschied: „verzögerliche Einreden" genannt, sondern auch mit den zeitlichen Einreden gegen das Klagerecht vermengt; ja sogar viele Einwendungen, welche einen Widerspruch des Klagegrundes enthalten, werden nicht selten verzögerliche Einreden genannt, wie z. B. die Einwendung des noch nicht erfüllten Contractes, der noch nicht eingetretenen Suspensivbedingung, der fehlenden Sachlegitimation, der Vorausklagung des Hauptschuldners.

Ist es zu verwundern, wenn durch Subsumtion so verschiedenartiger Einwendungen unter einen Begriff, welcher nur einer Art derselben zukommt, die größte Verwirrung entsteht? Um eine Einwendung als verzögerliche Einrede bezeichnen zu können, wird sie doch

---

[17]) Grolman (Theorie des gerichtl. Verf. §. 170.) zieht eine ähnliche Parallele, indem er sagt: „Die Antwort des Beklagten kann enthalten 1) eine Erklärung über die Prozeßbitte des Klägers und die Voraussetzungen zu deren Begründung. Sie besteht theils in Abläugnung der Wahrheit der ausdrücklich oder stillschweigend für die Prozeßbitte vorausgesetzten Verhältnisse, theils aber in der Behauptung eigenthümlicher Verhältnisse, welche jene Bitte, wenn sie auch in allen sonst in abstracto erforderten Voraussetzungen gegründet wäre, doch hier in concreto ausnahmsweise als unbegründet darstellen. Sie heißen ohne Unterschied except. dilatoriae. — Die Antwort muß 2) eine Erklärung über die Sachbitte und die Voraussetzungen zur Begründung derselben enthalten: a) Abläugnung u. s. w., b) Behauptung eigenthümlicher Verhältnisse u. s. w.

vor Allem die Merkmale einer Einrede an sich tragen, also, ohne dem Klagegrunde zu widersprechen, deßhalb die Beweispflichtigkeit des Beklagten involvirend, dem Klagerechte entgegentreten müssen; das unterscheidende Merkmal zwischen zerstörlicher und verzögerlicher Einrede besteht sodann darin, daß jene einen bleibenden, diese einen möglicherweise vorübergehenden Grund hat, weßhalb auch die Ausdrücke dauernde [18]) und zeitliche Einrede bezeichnender wären. Einreden der letzteren Art sind z. B. die Einwendungen des Beklagten, Kläger habe ihm eine Zahlungsfrist bewilligt, oder Kläger habe sein Rückforderungsrecht später von einer jetzt noch nicht eingetretenen Bedingung abhängig gemacht; dieses sind wahre verzögerliche, besser zeitliche Einreden [19]). Einwendungen hingegen, welche das Bestehen des klageweise geltend gemachten Rechtes (Klagerechtes) gar nicht berühren, sondern nur die Art und Weise der Rechtsverfolgung beanstanden, sind keine Einreden, und man könnte von diesen Prozeß-Einwendungen, wie man sie nennen mag, höchstens den oben Nr. 3. ausgeschiedenen, wegen ihrer Aehnlichkeit mit den (Rechts-) Einreden, den Namen Prozeß-Einreden beilegen.

---

[18]) Der Ausdruck zerstörlich wird auch deßhalb besser vermieden werden, weil er zu der Ansicht verleiten kann, es habe die Einrede etwas Vorhandenes zu zerstören, setze also immer ein schon entstandenes Klagerecht voraus.

[19]) Auf Unterscheidung dieser die merita causae betreffenden Einreden von den Einwendungen, welche nur das gerichtliche Verfahren betreffen, dringt auch Gesterding Ausbeute Thl. II. S. 175.

§. 49.

Nachdem in der ersten Abtheilung gegenwärtiger Abhandlung die Natur der römischen exceptio, und die aus dem verfehlten Bestreben, den römischen Begriff als jetzt noch gemeinrechtlich gültig aufzustellen, für die Lehren von den Einreden und vom Beweise hervorgegangene Verwirrung dargestellt worden, hat sich als Resultat der in der zweiten Abtheilung enthaltenen Prüfung der Natur der Klagebeantwortung in ihren einzelnen Bestandtheilen Folgendes ergeben.

Der Kläger braucht nur Thatsachen anzuführen, aus welchen auf die Entstehung des klageweise verfolgten Rechtes (Klagerechtes) in der Art geschlossen werden kann, daß sie zur Verurtheilung des Beklagten berechtigen. Diese Thatsachen, welche nur rechtserzeugende Thatsachen seyn können, bilden den Klagegrund. — Werden diese Thatsachen durch einfaches Verneinen oder durch Entgegensetzen solcher Thatsachen, neben welchen sie nicht in Wahrheit bestehen können, widersprochen, so hat dieser Widerspruch des Klagrundes die Folge, daß der Kläger die den Klagegrund bildenden Thatsachen zu erweisen hat, während dem Beklagten der Beweis widersprechender Thatsachen als Gegenbeweis freisteht. — Führt der Beklagte aber den Klagegrund nicht bestreitende Thatsachen an, aus welchen das Nichtbestehen des Klagerechtes erhellet, sey es, daß diese Thatsachen die Entstehung eines Klagerechtes verhinderten, oder dasselbe wieder aufgehoben haben, so macht er Einreden geltend, deren Beweis, als selbstständiger Behauptungen, ihm obliegt. Es ergeben sich demnach folgende Definitionen:

Widerspruch des Klagegrundes, (verneinende Einlassung,) ist das Negiren einer rechtserzeugenden Thatsache.

Einrede ist das Vorbringen einer rechtshindernden oder einer rechtsvernichtenden Thatsache.

Unter diesen Begriff fallen von den s. g. verzögerlichen (zeitlichen) Einreden nur diejenigen, welche in der Anführung einer möglicherweise vorübergehenden rechtshindernden Thatsache bestehen. Alle Einwendungen aber, welche lediglich prozessualischer Natur sind, nur die Art und Weise der Rechtsverfolgung, nicht das Bestehen des klageweise verfolgten Rechtes selbst betreffen, sind, obgleich sie allgemein verzögerliche Einreden genannt werden, von dem richtigen Begriffe von Einrede ausgeschlossen; sie zerfallen, wie §. 48. gezeigt worden, selbst wieder in dreierlei Arten, deren nur eine mit den Einreden Aehnlichkeit hat.

Wird der wesentliche Unterschied zwischen den eben erwähnten Prozeß-Einwendungen und den Einreden erkannt, und der gegebene Begriff von Klagegrund festgehalten, ferner nicht außer Acht gelassen, daß der Gegenbeweis kein Rechtsverhältniß, sondern nur Thatsachen, aus welchen die Unwahrheit der den Klagegrund (oder überhaupt das gegnerische Hauptbeweisthema) bildenden Thatsachen erhellet, zum Gegenstande haben kann, und immer, — den Fall ausgenommen, wo der Hauptbeweisführer gesetzliche Vermuthungen für sich hat, — den Antritt eines Hauptbeweises voraussetzt, also nur freigestellt nicht auferlegt wird, sucht man hiernach den Ausdruck indirecter Gegenbeweis für Einredenbeweis durchaus zu vermeiden, und läßt man sich end-

lich durch die unrichtigen Theorien vom Beweise einer Negative und vom qualificirten Geständnisse nicht irre leiten, so dürfte die Lehre von den Einreden sowohl als vom Beweise an Einfachheit und Klarheit gewinnen, und der gegebene Begriff von Einrede sich als richtig und praktisch bewähren.

München, 1835.
Gedruckt und in Commission bei George Jaquet.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Knappe, Julius

Versuch einer Entwickelung des Begriffes der Exceptionen mit Rücksicht auf die Beweislast eine von der Juristenfacultät der K. Ludw.-Max.-Universität München im Jahre 1834 mit dem Preisaccessite belohnte historisch-praktische Abhandlung

München 1835

Diss. 2036,20
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10848138-1